



UNIVERSIDADE
FUMEC

Meritum

REVISTA DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE FUMEC

REITORIA

Reitor:

Prof. Fernando de Melo Nogueira

Pró-Reitor de Graduação:

Prof. João Batista de Mendonça Filho

Pró-Reitor de Planejamento e Administração:

Prof. Márcio Dario da Silva

Pró-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão:

Prof. Henrique Cordeiro Martins

FUNDAÇÃO MINEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA

Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. Antônio Carlos Diniz Murta

Vice-Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. João Carlos de Castro Silva

Presidente do Conselho Executivo:

Prof. Air Rabelo

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

Diretor Geral:

Prof. Rodrigo Suzana Guimarães

Coordenação do Curso de Direito:

Prof. Daniel Firmato de Almeida Glória

Profa. Silvana Lourenço Lobo

Coordenador do Programa de Mestrado na área de concentração Instituições Sociais, Direito e Democracia:

Prof. Sérgio Henriques Zandona Freitas

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE – FUMEC

Rua Cobre, 200, Cruzeiro Belo Horizonte/MG – CEP 30310-190

Tel (31) 3228-3090 – Site: www.fumec.br

REVISTA MERITUM

COORDENAÇÃO EDITORIAL:

Prof. Sérgio Henriques Zandona Freitas

RESPONSÁVEIS TÉCNICOS DA REVISTA MERITUM:

Prof. Adriano da Silva Ribeiro Ribeiro (Editor Adjunto e Responsável Técnico)

Bel. Cláudia Márcia Magalhães (Secretária do PPGD FUMEC)

REVISOR E TRADUTOR DE INGLÊS

Camila Gomes de Queiroz

Eduardo Marinho Santana Junior

Isabela Dias

Letícia Ribeiro

Lílian Aparecida de Macêdo Parreiras

Vitória Guedes Cabral

Site: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/>

E-mail: revistameritum@fumec.br

BIBLIOTECÁRIA UNIVERSIDADE FUMEC:

Priscila Reis (Coord. de Área, Doutoranda em SIGC)

PROJETO GRÁFICO

Rodrigo Tito Moura Valadares

Leonardo Ferreira Costa

EDITORAÇÃO

Tecnologia da Informação / Produção Multimídia

Creative Commons License

Meritum: revista de direito da Universidade FUMEC /
Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas,
Sociais e da Saúde. – v. 15, no. 2 (maio/ago. 2020)- . _ Belo
Horizonte : Universidade FUMEC, 2006- .

v. ; 21 x 29,7cm

Quadrimestral

ISSN 2238-6939

1. Direito. I. Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências
Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU:34

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Universitária-FUMEC

Os conceitos emitidos em artigos assinados são de absoluta
e exclusiva responsabilidade de seus autores.

Conselho Editorial

Adolfo Ingácio Calderón, Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC Campinas)

Arno Dal Ri Jr, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

César Augusto Baldi, Universidad Pablo Olavide (UPO), Sevilha, Espanha

Daniel Firmato de Almeida Glória, Universidade FUMEC

David López Jiménez, Universidade de Huelva, Espanha

Deissy Motta Castaño, Universidad Autónoma, Bogotá, Colômbia

Dídima Rico Chavarr, Universidad Autónoma, Bogotá, Colômbia

Erica Palmerini, Scuola Superiore Sant'Anna (SSSUP), Pisa, Itália

Fernando Antonio de Carvalho Dantas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)

Flávia de Avila, Universidade Federal de Sergipe. UFS

Gladston Gomes Mamede da Silva, Universidade FUMEC

Haroldo Duclerc Verçosa, Universidade de São Paulo (USP)

Jan Peter Schmid, Instituto Max Planck (MPI), Alemanha

Jean-Christophe Merle, Faculdade de Filosofia da Universidade de Saarbrücken, Alemanha

José Filomeno de Moraes Filho, Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Joaquim Carlos Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Jorge Renato dos Reis, Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC)

Karine Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Kennedy Kihangi Bindu, Université Libre des Pays des Grands Lacs (ULPGL) – República Democrática do Congo

Manuel David Masseno, Instituto Politécnico de Beja (IPBeja), Universidade de Porto (UP), Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Nattan Nisimblat, Universidad del Rosario, Bogotá, Colômbia

Otavio Luiz Rodrigues Junior, Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB)

Paula Nunes Correia, Universidade de Macau (UM), Macau, China

Raymundo Juliano Rego Feitosa, Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

EDITORIAL

A Revista *Meritum* é periódico tradicional e referência no Direito, sendo classificado com o extrato B1 pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, por meio do conjunto de procedimentos denominado Qualis Periódicos.

Iniciado o ano de 2020, com o Volume 15, novidades: projeto gráfico modernizado, com novo formato de capa e miolo, diagramação das páginas para maior facilidade de leitura dos textos, versão em inglês dos artigos escritos em língua portuguesa e a versão em áudio MP3, novidade e ineditismo entre os periódicos editados no Brasil, aderindo programação extensa de inclusão social no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC. Passou a adotar a periodicidade quadrimestral (três números por ano), e número especial comemorativo dos 10 (dez) anos de PPGD FUMEC, com recebimento de artigos e avaliação em fluxo contínuo para publicação. Além disso, destaque para a internacionalização, por meio da mencionada versão em inglês dos textos e, em especial, do DOI (*Digital Object Identifier* ou Identificador de Objeto Digital), ou seja, passou-se a identificar o respectivo artigo individualmente com o código digital, permitindo que a publicação seja detectada de forma única e persistente no ambiente Web.

Os artigos submetidos à Revista *Meritum* vol. 15, n. 2, foram avaliados pela Coordenação Editorial, que examinou a adequação à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares e avançados, dentre outros. Na sequência, cada texto foi remetido a, no mínimo, dois pareceristas, pelo sistema *double blind peer review*, para análise de forma e conteúdo, bem como emissão do parecer.

Neste vol. 15, n. 2, prestigiadas as questões do universo jurídico relacionadas ao Estado Democrático de Direito e a efetivação de direitos fundamentais constitucionais. Busca-se analisar e debater perspectivas que auxiliem a interpretar criticamente a contemporaneidade e os desafios que dela advêm.

Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual de efetividade na busca pelo consenso entre os conflitantes. Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema brasileiro e internacional, para a consolidação de uma sociedade dinâmica, multifacetada e de consenso.

Na oportunidade, os Editores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa da Universidade FUMEC e, em especial, a todos os autores que participaram da presente publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a leitura e/ou escuta prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à inclusão e concretização de preceitos insculpidos no Estado Democrático Constitucional de Direito.

Boa leitura a todos!

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas

Prof. Dr. Adriano da Silva Ribeiro

Coordenação Editorial

SUMÁRIO

Artigos

- LE DROIT A LA REPARATION DES VICTIMES DES CRIMES INTERNATIONAUX DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR PENALE INTERNATIONALE..... 10
Kennedy Kihangi Bindu
- A PROTEÇÃO DE DADOS E A DEFESA DO CONSUMIDOR: AUTONOMIA PRIVADA FRENTE À PRIVACIDADE38
DATA PROTECTION AND CONSUMER PROTECTION: PRIVATE AUTONOMY IN FRONT OF PRIVACY
Pedro Andrade Guimarães Filho
Ariê Scherreier Farneda
Miriam Olivia Knopik Ferraz
- OMBUDSMAN OU OUVIDOR: DEFENSOR DOS DIREITOS DA POPULAÇÃO NA FISCALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....53
OMBUDSMAN: ADVOCATE OF PEOPLE RIGHTS IN THE INSPECTION OF PUBLIC ADMINISTRATION
José Antônio Remédio
Tamires Gomes da Silva Castiglioni
- A CONSTRUÇÃO AXIOLÓGICA E SUA APLICABILIDADE PARA O DIREITO DA PERSONALIDADE68
AXIOLOGICAL CONSTRUCTION AND ITS APPLICABILITY TO THE RIGHT OF PERSONALITY
Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão
Karyta Muniz de Paiva Lessa
- (RE)SIGNIFICAÇÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: A COBRANÇA DE IPTU SOBRE BENS PÚBLICOS E SEUS EFEITOS SOBRE A ARRECADAÇÃO FISCAL NA CIDADE DE IMPERATRIZ-MA.....82
(RE) SIGNIFICANCE OF RECIPROCAL TAX IMMUNITY: THE COLLECTION OF IPTU ON PUBLIC GOODS AND THEIR EFFECTS ON TAX COLLECTION IN THE CITY OF IMPERATRIZ-MA
Denisson Gonçalves Chaves
Giselle Pacheco Lima
- LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA RESIDUAL EM FACE DO PRINCÍPIO DE CORREÇÃO FUNCIONAL..... 102
LIMITS ON THE EXERCISE OF RESIDUAL TAXING POWER ACCORDING TO THE PRINCIPLE OF FUNCTIONAL CORRECTNESS
Thiago Álvares Feital
- OS NOVOS DESAFIOS DA ADVOCACIA TRIBUTÁRIA E A ARBITRAGEM FISCAL EM DESTAQUE 121
THE NEW CHALLENGES OF TAX ADVOCACY AND FISCAL ARBITRATION
Bruno Bastos de Oliveira
Maria das Graças Macena Dias de Oliveira
- ARRECADAÇÃO TRIBUTÁRIA E JUSTIÇA SOCIAL: A INEFICIÊNCIA DO PARCELAMENTO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS PARA AS PEQUENAS EMPRESAS137
TAX COLLECTION AND SOCIAL JUSTICE: THE INEFFICIENCY OF TAX DEBIT INSTALLMENT FOR SMALL COMPANIES
Tiago Cappi Janini
Lucas José Souza de Carvalho
Ana Luiza Godoy Pulcinelli

O GIRO LINGUÍSTICO E A NORMATIZAÇÃO CONSTITUCIONAL NO CASO CONCRETO: CONFORMAÇÃO NA DECISÃO QUE DETERMINOU O SERVIÇO DE TELE-ENTREGA DE RESTAURANTE EM SHOPPING NO PERÍODO DE PANDEMIA DO CORONAVÍRUS	154
<i>LINGUISTIC TURNING AND CONSTITUTIONAL STANDARDIZATION IN THE CONCRETE CASE: CONFORMATION IN THE DECISION THAT DETERMINED THE RESTAURANT TELE- DELIVERY SERVICE IN SHOPPING IN THE CORONAVIRUS PANDEMIC PERIOD</i>	
Hilbert Maximiliano Akihito Obara	
REFORMA TRABALHISTA, EMPREGADO HIPERSUFICIENTE E PRECARIZAÇÃO	168
<i>LABOUR LAW REFORM, HYPERSUFICIENT EMPLOYEE AND PRECARIZATION</i>	
Cláudio Jannotti da Rocha Francisco Matheus Alves e Melo Vanessa Rocha Ferreira	
O ALCANCE DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO(A) COMPANHEIRO(A) COM O JULGAMENTO PELO STF DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 878.694/MG	185
<i>THE REACH OF THE PARTER'S SUCCESSION RIGHTS WITH STF'S JUGDMENT OF THE EXTRAORDINARY RECOURSE nº 878.694/MG</i>	
Gillian Santana de Carvalho Mendes Armandino Pinto de Moura	
A VIOLÊNCIA SEXUAL PRATICADA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES: DESMISTIFICANDO A LÓGICA INDIVIDUAL DO PROCESSO VITIMIZATÓRIO	200
<i>SEXUAL VIOLENCE AGAINST CHILDREN AND ADOLESCENTES: DEMYSTIFYING THE INDIVIDUAL LOGIC OF THE VICTIMIZATION PROCESS</i>	
Schirley Kamile Paplowski	
PRÁTICAS RESTAURATIVAS: UMA NOVA ABORDAGEM DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHERES	221
<i>RESTORATIVE PRACTICES: A NEW APPROACH TO PUBLIC POLICIES TO PREVENT DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN</i>	
Rodrigo Cristiano Diehl Rosane Teresinha Carvalho Porto Marli Marlene Moraes da Costa	
IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO POR PRESCRIÇÃO E A VIOLAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA	235
<i>SUMMARY JUDGMENT AGAINST THE CLAIM DUE THE EXTINGTIVE PRESCRIPTION AND VIOLATION OF PRIVATE AUTONOMY</i>	
André Cordeiro Leal Vinícius Lott Thibau	
DISCRICIONARIEDADE, CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO E ACCOUNTABILITY NO CONTEXTO DOS INCENTIVOS FISCAIS	247
<i>DISCRITIONARIETY, INDETERMINATED LEGAL CONCEPT AND ACCOUNTABILITY IN THE CONTEXT OF TAX INCENTIVES</i>	
Leonardo Buissa Freitas Mateus Rocha de Lisbôa	
CRISE DO JUDICIÁRIO: O ACESSO À JUSTIÇA GARANTIDO PELOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	268
<i>JUCLARY CRISIS: THE ACCESS TO JUSTICE GUARANTEED BY THE APPROPRIATE DISPUTE SOLUTION METHODS</i>	
Daniel Firmato de Almeida Glória Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni Lopes	

A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL LEGISLATIVA CONCORRENTE EM MEIO ÀS CRISES CAUSADAS PELA COVID-19 E A INTERPRETAÇÃO DADA PELO STF NO JULGAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR NA ADI 6341292

THE CONSTITUTIONAL LEGISLATIVE COMPETENCE COMPETING IN THE CRISIS CAUSED BY COVID-19 AND THE INTERPRETATION GIVEN BY THE STF IN THE JUDGMENT OF THE PRECAUTIONARY MEASURE AT ADI 6341

Ana Elizabeth Neirao Reymao
Hugo José de Oliveira Agrassar
Suzy Elizabeth Cavalcante Koury

SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR NA PANDEMIA: ANÁLISE CRÍTICA DO PROJETO DE LEI DO SENADO SOBRE A LIMITAÇÃO DE JUROS DO CARTÃO DE CRÉDITO E CHEQUE ESPECIAL308

CONSUMER OVER-INDEBTENESS IN PANDEMIA: ANALYSIS OF THE DRAFT SENATE LAW ON THE LIMITATION OF INTEREST ON CREDIT CARDS AND OVERDRAFT IN PANDEMIA

Paulo Márcio Reis Santos
Flávia Guimarães Campos Paulino da Costa
Roberta Maciel Campolina

O COMPLIANCE COMO FERRAMENTA DE COMBATE À CRIAÇÃO DE CARTÉIS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS E CORRUPÇÃO321

COMPLIANCE AS A TOOL TO FIGHT CARTRIDGE CREATION IN PUBLIC BIDDING AND CORRUPTION

Emerson Ademir Borges de Oliveira
Guilherme Prado Bohac de Haro
Nayara Iraidy Moraes Ferras

A CONSTRUÇÃO DA MULHER CRIMINOSA NO TRIBUNAL DO JÚRI340

THE CONSTRUCTION OF THE CRIMINAL WOMAN IN THE JURY COURT

Vitor de Carvalho Teixeira
Astréia Soares Batista

DISSERTAÇÕES DO PPGD/FUMEC

LINHA DE PESQUISA: AUTONOMIA PRIVADA, REGULAÇÃO E ESTRATÉGIA.....362

LINHA DE PESQUISA: ESFERA PÚBLICA, LEGITIMIDADE E CONTROLE370

LE DROIT A LA REPARATION DES VICTIMES DES CRIMES INTERNATIONAUX DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR PENALE INTERNATIONALE

KENNEDY KIHANGI BINDU¹

ABSTRACT

Le système du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale (CPI) a apporté une métamorphose fulgurante dans l'administration de la justice pénale internationale en élevant les victimes au rang de « sujet de droit international pénal ». Son succès n'est pas limité à la répression des criminels mais aussi, et surtout, à l'organisation d'une procédure de réparations (justice réparatrice) au profit des victimes des crimes internationaux relevant de la compétence de la CPI. La jurisprudence disponible révèle des résultats mitigés et des retards inquiétants dus à des entraves d'ordre procédural et administratif. Les ordonnances de réparations semblent n'avoir pas franchi le seuil du prétoire et servent à garnir les vitrines de la Cour ainsi que celles du Fonds au profit des victimes dans son double mandat de réparation et d'assistance. La Cour a encore un long chemin à parcourir. Elle doit relever le défi et dépasser la volonté théorique de prise en compte de besoins des victimes (droit à la réparation) et atteindre la phase effective des réparations.

Mots clefs: Justice réparatrice. crimes internationaux. Cour Pénale Internationale. Fonds au profit des victimes et Statut de Rome. ordonnance de réparation.

I. INTRODUCTION

La création de la Cour Pénale Internationale (CPI) a été une étape décisive dans la promotion de la justice pénale internationale, du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme. Elle s'est, d'une part, imposée à la conscience universelle comme une nécessité de mettre hors d'état de nuire les auteurs de crimes internationaux et la prévention de nouveaux crimes, et, d'autre part, présentée comme l'expression d'une lueur d'espoir aux victimes des crimes internationaux relevant de sa compétence (Kihangi Bindu K. : 2002, page 235). La répression de ces crimes et la reconnaissance de la justice réparatrice

¹ Professeur de Droit International/Justice internationale, droits humains, environnement et ressources naturelles ; Directeur du Centre de Recherche sur la Démocratie et le Développement en Afrique, CREDDA/ULPGL ; Avocat au Barreau de Goma ; Vice-recteur honoraire de l'Université Libre des Pays des Grands Lacs, ULPGL/Goma. Mes remerciements s'adressent à mes collègues, étudiant (Junior Rex Baraka Bunani) et chercheurs à la Cour Pénale Internationale pour leurs énormes contributions à ces recherches, email : kenedybindu@gmail.com

Como citar esse artigo/How to cite this article:

BINDU, Kennedy Kihangi. *Le droit à la réparation des victimes des crimes internationaux dans la jurisprudence de la cour pénale internationale*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 2, p. 10-37, Maio/Ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i2.8026>

aux victimes, faisant bon ménage, sont une des valeurs fondamentalement incontestables du système du Statut de Rome. Deux années avant la célébration de la deuxième décennie de la CPI, son registre des situations et affaires attire la curiosité scientifique centrée sur le régime de réparation prévu dans le Statut de Rome. La jurisprudence disponible a-t-elle rencontré le besoin d'une justice juste et équitable attachant une valeur intrinsèque à la réparation des préjudices subis par les victimes des crimes qui menacent la paix, la sécurité et le bien-être de tous (droit à la réparation) ? Les affaires *Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo Chui* ;² *Le Procureur c. Thomas Lubanga*³ ; *Le Procureur c. Germain Katanga*⁴ ; *Le Procureur c. Jean Pierre Bemba Gombo*⁵ ; *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*⁶ ; *The Prosecutor c. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*⁷ et les ordonnances de réparation rendues sont des températures ou indices objectivement vérifiables à la portée de toute audience. Car, le succès de la Cour n'est pas seulement lié à la condamnation des criminels mais aussi, dans une certaine mesure, au succès de son système de réparation dans l'administration de la justice.⁸

En effet, le droit des victimes à demander réparation est un principe fondamental du droit international⁹ qui influe significativement la mutation observée depuis quelques décennies la justice pénale internationale. Désormais les victimes devant la CPI bénéficient des droits qui n'avaient jamais été accordés devant une juridiction pénale internationale. Elles peuvent demander, entre autres, réparation du préjudice qu'elles ont subi (Cour Pénale Internationale : page 43).

Avant l'établissement de la CPI, aucune juridiction internationale ne permettait aux victimes de demander et recevoir réparation des crimes qu'elles avaient subis. Devant le Tribunal Pénal International pour l'ex Yougoslavie (TPIY)¹⁰ et le Tribunal Pénal International pour le Rwanda (TPIR),¹¹ les victimes n'étaient pas autorisées à demander réparation, les juges ne pouvant qu'ordonner la restitution de leurs biens.¹² Ne pouvant agir que comme témoin en vue d'éclairer la religion du juge, une victime pouvait, cependant, se prémunir des jugements pour obtenir réparation devant les instances internes. Le contexte post-conflit étant généralement marqué par l'existence d'un système judiciaire en état de faillite et limité, les cours et tribunaux internes sont généralement dans l'incapacité de se prononcer sur des réparations

2 *Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo*, ICC-01/04-02/12 ; ICC-PIDS-CIS-DRC-06-006/15-tFra, <https://www.icc-cpi.int/CaselnformationSheets/ChuiFra.pdf>, (visité le 29/05/2020).

3 *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, ICC-PIDS-DRC-01-016/17_Fra, <https://www.icc-cpi.int/CaselnformationSheets/LubangaFra.pdf> (visité, le 29/05/2020).

4 *Le Procureur c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, ICC-014/18_Fra, <https://www.icc-cpi.int/CaselnformationSheets/KatangaFra.pdf> (visité le 14/04/2020).

5 *Le Procureur c. Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, ICC-PIDS-CAR-01-020/18_Fra, <https://www.icc-cpi.int/CaselnformationSheets/BembaFra.pdf>, (visité le 29/05/2020).

6 *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15, ICC-PIDS-CIS-MAL-01-08/16_Fra, <https://www.icc-cpi.int/mali/al-mahdi?ln=fr>, (visité, le 29/05/2020).

7 *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, ICC-PIDS-CIS-KEN-01-12/14_Fra, <https://www.icc-cpi.int/CaselnformationSheets/RutoSangFra.pdf>, (visité, le 29/05/2020).

8 *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre de première instance I, Décision fixant les principes et procédures applicables en matière de réparations, daté du 7 août 2012 cité dans *Le Procureur c. Germain Katanga*, Ordonnance de réparation, N° ICC-01/04-01/07, 24 mars 2017, para. 14 ; *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre d'appel, Ordonnance de réparation modifiée, du 3 mars 2015, traduction enregistrée le 1er août 2016, ICC-01/04-01/06-3129-AnxA-tFRA, Paragraphe 3.

9 Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies, A/RES/60/147 du 16 Décembre 2005.

10 Résolution du Conseil de Sécurité des Nations Unies 827 du 25 mai 1993 créant le TPIY.

11 Résolution du Conseil de Sécurité des Nations Unies 955 le 8 novembre 1994 créant le TPIR.

12 Articles 24 al. 3 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex- Yougoslavie et 23 al.3 du Statut du TPIR qui disposent que « Outre l'emprisonnement du condamné, la chambre de première instance peut ordonner la restitution à leurs propriétaires légitimes de tous biens et ressources acquis par des moyens illicites, y compris par la contrainte. »

éventuelles (Marchi S. & Kandolo M. cité par Bakama Bope E. & Ingange Wa ingange JD : 2015, page 198).

La victime, longtemps délaissée au profit de l'auteur du dommage, est peu à peu devenue au fil du XXème siècle un objet d'étude privilégié. Jadis, laissé au coupable qui pourrait ou pas indemniser la victime, le droit à la réparation de cette dernière s'est très vite amélioré (Schmitt : 2016, page 1). Ses besoins de soutien, d'assistance et de réparation par des fonds publics ou internationaux ont été soulignés et assimilés à des droits (Pradel J. : 2008, page 426 ; Jeangene V. : 2009, pages 7/8). Cette avancée en termes de prise en compte des droits de la victime se justifie par un certain nombre d'éléments (Marchi S. & Kandolo M. cités par Bakama Bope E. & Ingange wa Ingange J.D. : 2015, page 198/199 ; Pena Maria : 2013, page 251 ; Bititi Gilbert : 2011, page 293) :

« La pression politique exercée par les ONG ; la valorisation du statut de l'individu sur la scène internationale et l'importance croissante accordée aux droits de l'homme dans le contexte de crimes de masse. ... la prise en compte de la victime permettrait de ne plus ignorer le caractère choquant des crimes par leur violence et leurs effets sur la société tout entière. De plus, le nombre de victimes, toujours impressionnant, constitue une pression politique pour la prévention de ces crimes. Enfin, ... la victime demeure un témoin crucial pour la manifestation de la vérité, la vérité étant bien sûr la condition *sine qua non* si l'on veut espérer la pacification d'une société profondément meurtrie ».

Les éléments introductifs de cette réflexion (I) mettent à surface l'intention qui a animé les délégations à Rome d'accorder une attention soutenue au droit à la réparation reconnu aux victimes des crimes relevant de la compétence de la CPI. Ce droit mérite d'être circonscrit clairement dans le système du Statut de Rome (II) et présenter sans ambiguïté la *ratio legis* du « Fonds au profit des victimes » (III). En vue de dépasser tout sentiment d'autosatisfaction théorique du droit à la réparation des victimes des crimes relevant de la compétence de la CPI, il sied d'interroger les recettes jurisprudentielles disponibles de la CPI (IV) avant de tirer les remarques conclusives en la matière (V).

II. LE DROIT A LA REPARATION DANS LE SYSTEME DU STATUT DE ROME DE LA CPI

La théorie classique sur la responsabilité pose le principe que « tout dommage causé soit réparé par l'auteur du fait dommageable ». Trois conditions sont ici posées pour qu'un préjudice soit réparable : Le fait générateur de réparation ou la faute, le dommage ou préjudice et le lien de causalité ou l'exigence de la cause à effet. Tout en considérant la nécessité du préjudice pour qu'il y ait responsabilité civile, la faute apparaît ici comme un élément constitutif de la responsabilité à établir. En matière des crimes internationaux, l'auteur de la faute ne peut réparer que lorsque l'acte criminel qu'il a posé a causé préjudice à autrui. Tel est le cas de l'affaire *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, l'accusé reconnaît « avoir le remord des préjudices causés à sa famille, à sa communauté à Tombouctou, à son pays et à la communauté internationale ... et fait la promesse solennelle que la faute qu'il a commise

envers eux sera la première et la dernière ». ¹³ Ce qui traduit l'expression de la faute intentionnelle commise par ce dernier et l'oblige à réparer.

La notion de la faute a été fortement critiquée par différents doctrinaires suite à ses limites pour engager la responsabilité civile de son auteur. Vers la fin du XIX^{ème} siècle, Saleilles et Josserand vont, ainsi, proposer la théorie de la responsabilité civile objective qui repose sur la notion du risque créé et le risque profit (Mubalama Zibona : 2015). La théorie du risque viserait seulement qu'aucune victime ne reste sans être indemnisée (Savatier R. : 2000, page 45). Tout en prenant acte de cette évolution doctrinale, « La faute était maintenue comme condition et fondement de la responsabilité civile. Là est le principe : pas de responsabilité civile sans faute. On peut cependant admettre que, dans certaines conditions, il soit urgent de secourir les victimes en établissant une responsabilité en dehors de toute faute » (Geneviève V. : 1965, page 12 ; Starck Boris : 1958, page 475).

Dans un autre registre, Boris Stack (1958, page 475) ¹⁴ va s'appesantir sur la théorie de la garantie comme une solution idoine à l'antagonisme des pensées des théories de la faute et du risque. La victime retrouve ici sa place car désormais l'attention n'est plus portée uniquement du côté de l'auteur du dommage. La victime a des droits qui doivent être garantis notamment le droit à la réparation de toute atteinte à sa personne ou à son patrimoine. Dans le cas d'espèce, il n'y a pas de faute à exiger du responsable, la faute qui, jusque-là, permettait l'identification du responsable était devenue un obstacle à l'indemnisation de la victime. Car, si la victime n'arrivait pas à prouver la faute, elle se retrouvait sans réparation. Au final, le domaine de la responsabilité subjective s'est considérablement restreint au profit des cas de responsabilité objective qui continuent à se multiplier (Kangulumba Mbambi : 2002). Aujourd'hui, c'est bien plus le dommage qui engendre la responsabilité civile que le comportement du responsable. Il va alors apparaître le souci corollaire de ne plus faire peser le poids de la réparation sur les seuls responsables. On va se mettre à assister au déclin de la responsabilité individuelle parallèlement à la socialisation des risques. C'est la thèse que défend Geneviève V. (1965, page 12). Cette socialisation des risques a contribué à répartir le poids de l'indemnisation des dommages sur la collectivité tout entière, elle s'est mise en place par les mécanismes de l'assurance et de la socialisation des risques. Ainsi, parmi les mécanismes de socialisation des risques, on épingle le fonds de garantie (ou indemnisation) qui en vue d'éviter que les victimes ne supportent le poids de l'insolvabilité du responsable (lorsque le responsable n'est pas assuré ou lorsqu'il n'est pas identifié, ou lorsque quoiqu'identifié, le responsable n'est pas en mesure de supporter le poids de la réparation) ; et la sécurité sociale qui est une expression et un symbole de la solidarité sociale en matière de responsabilité civile. L'idée derrière cette grande réflexion est de renforcer la responsabilité objective, une responsabilité non attachée à la faute. La protection de la victime a désormais pris une ampleur significative en garantissant son indemnisation. ¹⁵ « Pas de préjudice, pas d'actions » (Letourneau P. : 1982, page 156) sans dommage, pas de réparation, le préjudice ou le dommage est une des conditions substantielles pour engager la responsabilité de quelqu'un. Cependant, tous les dommages que suscite la vie en société ne donnent pas lieu à réparation. Toute réparation exige que le dommage ait un caractère certain (Esmein V. : 1962, page

13 Affaire *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, N° ICC-01/12-01/15, 27 septembre 2016, Paragraphe 103.

14 La responsabilité fondée sur le risque et le garantie, cours de droit.net, <https://cours-de-droit.net/la-responsabilite-fondee-sur-le-risque-et-la-garantie-a126822778/>

15 *Idem*.

151 ; Boré J. : 1974, page 34), direct (Terré F. : 1999, page 635 ; Montanier J. : 1981, page 45 ; Nguyen J. : 1976, page 1), légitime de l'intérêt (Vidal J. : 1971, page 23), et ne doit avoir été déjà réparé (Vidal J. : 1980, page 23).

Répondant aux caractéristiques sus présentées, on enregistre plusieurs sortes de dommages réparables en matière des crimes internationaux. Les victimes des crimes internationaux (crimes contre l'humanité, crimes de guerre, crimes de génocide et crime d'agression) peuvent avoir subi des atteintes touchant leurs corps, leurs patrimoines (Guidon M. : 2006, page 45)¹⁶ ou encore à apprécier sur le plan moral comme l'affirme Nyabirungu R. (2013, page 8) : « A l'occasion des événements tragiques qui ont bouleversé le monde (...), les victimes ont subi plusieurs sortes des dommages tels les viols, pillages, destructions des champs et des récoltes, la démolition des maisons que la paisible population a subi, sont des dommages physiques, moraux ou matériels et nécessitent réparation pour établir une justice et une paix sociale entre les humains ». Le dommage corporel est, d'abord et avant tout, toute atteinte portée à l'intégrité physique de la personne : les blessures plus ou moins graves et à plus forte raison la mort. Ces dommages appellent, bien entendu, à l'indemnisation de la victime. Mieux vaut dire indemnisation que réparation, car on ne ressuscite pas les morts, et il est malaisé, c'est le moins qu'on puisse dire, de rendre à l'amputé son bras ou sa jambe (Terré F. : 1999, page 640 ; Assale C. : 1990, page 12 ; Lambert Y. : 1990, page 5 ; Gasigwa H. : 2000, page 34). La réparation du préjudice est due même si la victime est tombée dans un état de totale inconscience. Pour le préjudice corporel, la notion semble être trop étendue car relève aussi de la catégorie des dommages corporels, des souffrances physiques, passées ou futures, subies par la victime (Guidon M. : 2006, page 45). Le préjudice matériel est celui qui se traduit par une perte évaluable pécuniairement, il s'agit d'un préjudice patrimonial (Chabas F. : 1965, page 405).

Le préjudice moral, en revanche, ne se traduit point par une perte en argent, par ce qu'il porte atteinte à un droit extrapatrimonial.¹⁷ Lorsque le préjudice subi cesse d'être corporel ou matériel et revêt un caractère extrapatrimonial, sa réparation peut susciter des objections, soit d'une manière générale, parce qu'il est alors singulièrement difficile d'aménager une réparation adéquate, soit de manière plus particulière, lorsqu'il s'agit d'une douleur morale car il peut être choquant d'aller en quelque sorte monnayer ses larmes devant les tribunaux (Ripert G. : 1948, page 3). Une lecture fouillée de l'affaire *Katanga révèle que* les victimes ont affirmé avoir subi des préjudices moraux résultant de la perte des décès des parents et d'autres proches. Elles ont rappelé les traumatismes, les stress moraux et cauchemars auxquels elles sont exposées toutes les fois qu'elles pensent aux êtres chers perdus.¹⁸ En considération de ces allégations, le représentant légal des victimes notera que l'indemnisation du préjudice moral doit tenir compte de trois catégories des victimes :

« En premier lieu, les parents très proches (père, mère, époux, enfants et assimilés) ; en second lieu, les parents proches (frères, sœurs, et assimilés) ; en troisième lieu, les autres parents plus éloignés. Pour la première catégorie, il suggère une fourchette de 25.000 à 50.000 USD, pour la seconde, une fourchette de 12.500 à 25.000 USD, pour la troisième, une fourchette de 6.000

16 Affaire *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, N° ICC-01/12-01/15, 27 septembre 2016, Paragraphe 103.

17 *Le Procureur c. Germain Katanga*, Ordonnance de réparation en vertu de l'article 75 du Statut de Rome, N° ICC-01/04-01/07, Paragraphe 239.

18 *Le Procureur c. Germain Katanga*, Ordonnance de réparation, ICC-01/04-01/07 du 24 mars 2017, ICC-01/04-01/07-3728 du 24 mars 2017, Paragraphes 227 et suivants.

à 12.000 USD ». ¹⁹ Partageant la même lecture, la Défense a aussi suggéré pour « la première catégorie une somme de 10.000 USD, pour la seconde une somme de 6.000 USD et pour la dernière un montant de 4.000 USD ».

C'est en référence aux pratiques observées en France, en Belgique, en RDC (juridictions militaires), devant la Commission des Nations Unies en matière d'indemnisation et devant la Cour Interaméricaine que la Chambre de première instance II de la CPI va retenir deux catégories de décès ayant un impact sur chacune des victimes : « D'une part, des parents proches (conjoint, parents, enfants, grands-parents, petits-enfants), et, d'autre part, celui des autres parents plus éloignés (autres parents). Le préjudice psychologique lié au décès d'un parent proche est évalué *ex æquo et bono* à 8.000 USD et le préjudice psychologique lié au décès d'un parent plus éloigné est évalué *ex æquo et bono* à 4.000 USD ». ²⁰ La chambre a particulièrement pris en considération l'affaire *Puerto Bello massacre v. Colombia* ²¹, dans laquelle la Cour Interaméricaine :

« ... réaffirme que la souffrance causée à une victime concerne les membres de la famille les plus proches, particulièrement ceux qui avaient des relations affectives proches avec la victime. De plus, la (Cour Interaméricaine) a présumé que les souffrances ou la mort d'une personne entraîne pour ses enfants, son époux ou son compagnon, sa mère, son père ou ses enfants un préjudice non-pécuniaire qui n'a pas besoin d'être prouvé ». ²²

La réparation des dommages n'est pas subordonnée uniquement à la double existence d'un dommage (matériel, corporel ou moral) et d'un fait générateur de responsabilité (fait personnel) ; encore faut-il que ce dommage se rattache à ce fait générateur de responsabilité par un lien de causalité (Marty G. : 1939, page 685 ; Chabas F. : 1965, page 70). Il faut que le fait générateur de responsabilité ait été la cause du dommage, sa cause efficiente. Dans l'affaire *Katanga*, la Chambre d'appel II a jugé que « la norme applicable au lien de causalité entre le préjudice et le crime est le critère dit du « *but/for* » en *common law* à savoir que n'eût été la commission du crime, le préjudice n'aurait pas été constitué, et il est en outre requis que les crimes dont Thomas Lubanga a été reconnue coupable aient été la « cause directe » du préjudice pour lequel des réparations sont demandées ». ²³

Le droit à la réparation est protégé par les articles 75 et 79 du Statut de Rome de la CPI et la Résolution 60/147 adoptée par l'Assemblée Générale des NU du 16 décembre 2005. La Cour établit des principes applicables aux formes de réparation, telles que la restitution, l'indemnisation ou la réhabilitation, à accorder aux victimes ou à leurs ayants droit. Une réparation adéquate, effective et rapide permet de promouvoir la justice en remédiant aux violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ou aux violations graves du droit international humanitaire.

Dans son étendue, le droit à la réparation en matière des crimes internationaux conduit à l'idée de la réparation intégrale (Fofe Djofia Malewa : 1998, pages 31/48). Selon Viney et

19 *Le Procureur c. Germain Katanga*, Ordonnance de réparation en vertu de l'article 75 du Statut de Rome, N° ICC-01/04-01/07, Paragraphe 239, P. 227.

20 *Le Procureur c. Germain Katanga*, Ordonnance de réparation en vertu de l'article 75 du Statut de Rome, N° ICC-01/04-01/07, Paragraphe 230-232.

21 Cour Interaméricaine, *Puerto Bello Massacre v. Colombia (Merits, Reparations and Costs)*, Paragraphe 257.

22 *Le Procureur c. Germain Katanga*, Ordonnance de réparation en vertu de l'article 75 du Statut de Rome, N° ICC-01/04-01/07, Paragraphe 231.

23 *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, Chambre d'appel, Ordonnance de réparation, n°01/04-01/06-3129-AnxA-tFRA, Paragraphe 59.

Jourdain, le principe de la réparation intégrale est annoncé par une formule classique, quasi dogmatique, selon laquelle :

Le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu (Mestre G. : 2005, page 161 ; Telomono M. : 2014, page 380). Le dogme de la réparation intégrale est souvent résumé par l'expression « Rien que le dommage, tout le dommage » (Geneviève V. : & Jourdain 2010, page 154).

De cette finalité, la doctrine déduit habituellement deux conséquences : d'une part, la victime ne doit pas s'enrichir du fait de la réparation. D'autre part, la réparation doit porter sur la totalité des préjudices subis, nonobstant les difficultés d'évaluation qui pourraient éventuellement surgir (Geneviève V. : & Jourdain 2010, page 154). Telle est aussi la position de la jurisprudence Française selon laquelle « les dommages-intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte, ni profit ».²⁴

Si l'idéal est que le préjudice soit réparé intégralement, il faut avouer qu'en certaines matières, la réparation intégrale se bute à une difficulté d'être appliquée. Souvent, le juge ne sait pas apprécier intégralement le préjudice subi, qu'il recourt à l'équité pour allouer les indemnités à la victime. Matthieu Telomono (2014, page 23) soutient qu'en cas de la mort d'un être cher ou du préjudice moral subi résultant de la mort du conjoint, de l'ami, aucune réparation intégrale ne peut être conçue car il est impossible de ramener à la vie la personne morte. En matière particulière des crimes internationaux et des violences sexuelles, focalisant l'attention sur la situation de la RDC, tantôt les juridictions accordent des dommages-intérêts de manière superficielle et sans motivation quelconque, tantôt, elles prononcent les dommages-intérêts qui reflètent les préjudices subis. Tout cela dépend des humeurs et des attitudes des juges. Il a été observé, par exemple, en RDC, en matière des violences sexuelles et de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *la Cour d'Appel du Haut Katanga a, dans deux affaires différentes, faisant application de l'équité et du bon sens, accordé respectivement à titre de réparation sous le RPA 6301/010 un pagne premier choix, un costume, les souliers pour papa et maman, un sac à main et deux chèvres tandis que sous le RPA 6298/010, 10.000 USD*. Visiblement, la valeur pécuniaire d'un cas des violences sexuelles et de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité (crime international) en termes de dommages-intérêts ne suit aucun barème préétabli (PNUD : 2018, pages 5&45).

Quelques hauts magistrats réunis à Lubumbashi en RDC en atelier, le 7 juillet 2018, ont affirmé que : « Même si la victime postule pour les dommages-intérêts, le juge considère aussi la coutume locale en termes d'exigences relativement au versement de la dot pour déterminer le taux des dommages-intérêts à prononcer ». Toutes considérations faites, il n'y a aucune constance dans les allocations qui sont faites par les juridictions civiles et militaires en RDC PNUD : 2018, pages 5 & 45).

Cette réflexion n'est pas éloignée des pratiques auxquelles la Chambre de première instance I dans l'affaire *Katanga a* fait recours dans l'appréciation des dommages-intérêts à allouer aux victimes des crimes graves.²⁵ Dans certaines circonstances où le juge ne sait pas apprécier la gravité du préjudice subi par les victimes, il peut être amené à procéder unique-

²⁴ Cassation civile française 2ème, 5 Juillet 2005, Bulletin civil II n°4.

²⁵ *Le Procureur c. Germain Katanga*, Chambre de première instance II, Ordonnance de réparation, ICC-01/04-01/07-3728, 24 mars 2017, Paragraphes 230, 231.

ment à des réparations collectives (article 97 du Règlement de procédure et de preuve de la CPI). L'inconvénient des réparations collectives demeurant le fait que la réparation ne tient pas compte de l'évaluation vraie du préjudice que chacune des victimes a subi. Le préjudice enduré n'étant pas le même ou le degré de souffrance étant différent, l'idéal serait que la réparation en matière des crimes internationaux soit individualisée. C'est en veillant sur le sort des victimes qui doivent bénéficier des réparations, que le Statut de Rome a institué le Fonds au profit des victimes.

III. PRESENTATION ET PORTEE JURIDIQUE DU FONDS AU PROFIT DES VICTIMES CONSACRE PAR L'ARTICLE 79 DU STATUT DE ROME

Contrairement aux tribunaux militaires internationaux (Nuremberg et de Tokyo) et aux tribunaux *ad hoc* (TPIY et TPIR), la CPI a apporté une métamorphose fulgurante dans l'administration de la justice pénale internationale quant à ce qui est du sort réservé aux victimes devant elle. Le système du Statut de Rome et celui des juridictions pénales "internationalisées" ou tribunaux mixtes créés dans sa suite (particulièrement les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux Cambodgiens et du Tribunal spécial pour le Liban, TSL) élèvent les victimes au rang ou au statut de « sujet de droit international pénal ». Ce passage marque une « prise de conscience accrue en droit international pénal de la nécessité de dépasser la notion de justice punitive, pour tendre vers une solution plus inclusive, qui encourage les victimes à participer au processus et reconnaît le besoin de leur offrir des recours utiles. »²⁶

Cette dynamique portée par l'état d'esprit des délégations réunies à la conférence diplomatique à Rome « ... des millions d'enfants, de femmes et d'hommes ont été victimes d'atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine » a conduit à la création de deux institutions indépendantes : la CPI et le Fonds au profit des victimes (Tshibuyi wa Tshibuyi : 2009 ; Kihangi Bindu K. : 2010 ; 2015, page 162).

L'article 79 du Statut de Rome esquisse les contours du Fonds tout en laissant à l'Assemblée des Etats Parties le soin de fixer les principes de sa gestion. Il est un instrument de la Cour (mandat de réparation) et pose des actions de manière largement indépendante des activités judiciaires de la Cour (assistance aux victimes). Selon la Cour, « les réparations ont deux objectifs principaux consacrés par le Statut : elles obligent les responsables de crimes graves à réparer le préjudice qu'ils ont causé aux victimes et elles permettent à la Cour de s'assurer que les criminels répondent de leurs actes ».²⁷

La structure du Fonds au profit des victimes est déterminée par les articles 1 et 17 du Règlement du Fonds d'affectation spéciale au profit des victimes.²⁸ L'analyse de ces disposi-

26 Préambule du Statut de Rome de la CPI ; *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre d'appel, Ordonnance de réparation (modifiée), 3 mars 2015, traduction enregistrée le 1 août 2016, ICC-01/04-01/06-3129AnxA Paragraphe 1.

27 *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre d'appel, Ordonnance de réparation (modifiée), 3 mars 2015, traduction enregistrée le 1 août 2016, ICC-01/04-01/06-3129AnxA, paragraphe 2.

28 ICC-ASP/1/Res. 6 portant création d'un fonds au profit des victimes de crimes relevant de la compétence de la Cour et de leurs familles, adoptée par consensus, à la séance plénière, le 9 septembre 2002, paragraphes 1 – 7.

tions débouche sur le fait que le Fonds au profit des victimes a deux organes qui assurent sa gestion : Le Conseil de direction et le Secrétariat du Fonds au profit des victimes.²⁹ Le Fonds au profit des victimes assure les fonctions de réparation et d'assistance au profit des victimes. Ce Fonds peut agir dans l'intérêt des victimes de crimes, que soit intervenue ou non une condamnation par la CPI. Il coopère avec la Cour afin d'éviter toute interférence dans les procédures judiciaires en cours (Cour Pénale Internationale : 2011).

Le pouvoir de gestion du Fonds est confié au Conseil de direction, il dispose d'un financement propre, distinct du budget général de la Cour. Les points 22, 23 et 25 du Règlement du Fonds d'affectation spéciale au profit des victimes précisent respectivement que

« Dans son rapport annuel à l'Assemblée des États Parties sur les activités et projets du Fonds, le Conseil de direction soumet un appel de contributions volontaires au Fonds.

Avec l'appui du Secrétariat, le Conseil de direction prend contact avec les gouvernements, les organisations internationales, les particuliers, les entreprises et d'autres entités afin de solliciter des contributions volontaires au Fonds.

Le Fonds reçoit toutes les contributions volontaires versées par les sources citées à l'alinéa a) du paragraphe 2 de la résolution ICC-ASP/1/Res.6 de l'Assemblée des États Parties et prend note des sources et des montants reçus ».³⁰

Bien que fonctionnant avec des contributions volontaires, le Fonds a la latitude à pouvoir refuser certaines contributions. La Règle 30 du Règlement du Fonds d'affectation spéciale au profit des victimes est précis en ces termes :

Le Fonds refuse les contributions volontaires :

- a) Considérées comme n'étant pas compatibles avec les buts et les activités du Fonds ;
- b) Considérées comme étant affectées à une destination d'une manière incompatible avec la règle 27 (avant de refuser de telles contributions, le Conseil de direction peut s'efforcer d'obtenir du donateur qu'il renonce à cette destination ou qu'il la modifie dans un sens qui soit acceptable) ;
- c) Qui affecteraient l'indépendance du Fonds ;
- d) Qui entraîneraient une répartition manifestement inéquitable des ressources et biens disponibles entre les différents groupes de victimes.

Janet Chan (2013, page 12) précise que le Fonds au profit des victimes est une institution non judiciaire et indépendante de la CPI. Il administre, d'une part, les ordonnances de réparation de la CPI lorsqu'un accusé est déclaré coupable, et, d'autre part, fournit de l'assistance générale aux victimes et à leurs familles grâce aux contributions volontaires. Par son financement et projets, il tente de répondre à leurs besoins physiques, psychologiques et matériels. Il faut noter que le Fonds peut exercer son mandat d'assistance même en l'absence d'une condamnation par la CPI.

29 ICC-ASP/3/Res7, Création du Secrétariat du fonds d'affectation spéciale au profit des victimes, adoptée le 10 ; Septembre 2004 ; articles 18 et 19 du Règlement du Fonds au profit des victimes.

30 ICC, Résolution ICC-ASP/4/Res.3 relative au Règlement du fonds d'affectation spéciale au profit des victimes, adoptée le 3 décembre 2005.

La phase des réparations apparaît ici comme une étape essentielle de l'administration de la justice car le succès de la Cour, dans une certaine mesure, est lié au succès de son système de réparation.³¹ En vue de présenter la valeur intrinsèque de cette deuxième institution créée par le Statut de Rome « Fonds au profit des victimes », la Chambre de Première Instance II dans l'Affaire *Katanga* affirme sans ambages que :

« La procédure en réparation est à la fois liée à la procédure pénale et séparée de cette dernière. Elle est liée à la procédure pénale, car la responsabilité en matière de réparations est étroitement liée aux crimes pour lesquels la personne a été reconnue coupable. Elle est séparée de cette procédure, car elle constitue une procédure en soi, dans le cadre de laquelle des preuves spécifiques sont produites par les victimes qui peuvent être, lorsque cela est possible et avec les expurgations qu'il convient d'appliquer, contestées par la personne reconnue coupable. A cette occasion, des observations et des arguments oraux et écrits sont échangés par les parties sur les différents aspects juridiques et factuels de la procédure. L'ensemble de ces échanges trouve son aboutissement dans l'ordonnance de réparation ... comme toute procédure devant la Cour, la phase des réparations est une procédure judiciaire. Partant, la Chambre doit assurer un juste équilibre entre les droits et intérêts divergents des victimes et ceux de la personne déclarée coupable ».

32

Abordant l'aspect d'assistance, Motoo Noguchi, Président du Conseil de direction du Fonds au profit des victimes lors de la séance de la 12^{ème} session de l'Assemblée des Etats parties de la CPI a salué le rôle joué par le Fonds dans son mandat d'assistance dans le Nord de l'Ouganda et en RDC depuis 2008.³³ John Bolton note que « depuis 2008, le Fonds a apporté son aide à plus de 450.000 victimes directes et indirectes en RDC et en Ouganda, en assurant une réadaptation physique et psychologique ainsi qu'un soutien socioéconomique aux survivants des crimes les plus graves. Le Fonds est également au stade de la mise en œuvre des trois ordonnances de réparation dans les affaires *Lubanga* et *Katanga* en RDC et

31 *Le Procureur c. Germain Katanga*, Chambre de Première Instance II, Ordonnance de réparation, ICC-01/04-01/07-3728 du 24 mars 2017, Paragraphe 14 ; *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre de première instance I, Décision fixant les principes et procédures applicables en matière de réparations, daté du 7 août 2012 et traduction enregistrée le 19 février 2013, ICC-01/04-01/06-2904-tFRA, Paragraphe 178 (« *Lubanga*, Chambre de Première Instance I, Décision sur les réparations ») ; *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre d'appel, Ordonnance de réparation (modifiée), 3 mars 2015, traduction enregistrée le 1 août 2016, ICC-01/04-01/06-3129AnxA, paragraphe 3 (*Lubanga*, Chambre d'appel, Ordonnance de réparation, ICC-01/04-01/06-3129AnxA-tFRA »).

32 *Le Procureur c. Germain Katanga*, Chambre de Première Instance II, Ordonnance de réparation, ICC-01/04-01/07-3728 du 24 mars 2017, paragraphes 16 & 18 ; *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre d'appel, *Decision on the admissibility of the appeals against Trial Chamber I's « Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations » and directions on the further conduct of proceedings*, 14 décembre 2013, ICC-01/04-01/06-2953, paragraphe 70 : « *the reparations proceedings are a distinct stage of the proceedings and it is conceivable that different evidentiary standards and procedural rules apply to the question of who is a victim for the purposes of those proceedings* » ; *Lubanga*, Chambre d'appel, Arrêt sur les réparations, ICC-01/04-01/06-3129, Paragraphe 237 : « *the Appeals Chamber considers it to be beyond question that a person subject to an order of court of law must know the precise extent of his or her obligations arising from that court order, particularly in light of the corresponding right to effective appeal such an order, and that the extent of those obligations must be determined by a court in a judicial process* » ; *Lubanga*, Chambre d'appel, Ordonnance de réparation, ICC_01/04_01/06-3129-Anx-tFRA, Paragraphes 20, 22, 45 et 49. Ces principes applicables aux réparations ne sauraient être interprétés de façon préjudiciable ou contraire aux droits de la personne déclarée coupable et aux exigences d'un procès équitable et impartial ; Article 97-3 du Règlement de Procédure et de Preuve de la CPI.

33 M. Motoo Noguchi, Rapport à l'Assemblée des Etats parties sur les activités et les projets du conseil de direction du Fonds d'affectation spéciale au profit des victimes pour la période du 1er juillet 2012 au 30 Juin 2013, Paragraphes 39 et 46, https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP15/ICC-ASP-15-14-FRA.pdf ; Fonds au profit des victimes, Assistance et réparations, réalisations, enseignements tirés et évolution, Rapport sur l'état d'avancement des programmes, Septembre 2015.

dans l'affaire *Al Mahdi* au Mali, où plus de dix mille victimes bénéficieront des programmes de réparations ». ³⁴

En tant qu'innovation pionnière spécifique à la CPI, le Fonds au profit des victimes doit intervenir au profit des victimes dans les limites établies des ordonnances de réparation ou de son programme d'assistance aux victimes. Il s'agit ici d'une mise en œuvre effective du droit à la réparation reconnue aux victimes en droit international des droits de l'homme et en droit international humanitaire.

IV. COMPRENDRE LE DROIT A LA REPARATION DANS LA JURISPRUDENCE DE LA CPI

Depuis l'entrée en vigueur en 2002 du Statut de Rome de la CPI adoptée en 1998, le nombre des situations et des affaires n'a cessé d'augmenter. Sans vouloir verser ou alimenter les controverses et reproches variés faits à l'endroit de la CPI sur différents aspects notamment les durées trop longues d'instruction des affaires, les critères de sélection des situations et affaires selon les zones géographiques, l'éventuelle instrumentalisation de la Cour par certaines puissances étatiques, la politique de poursuite de chefs d'Etats Africains en fonction, d'aucuns notent des efforts notables de la Cour en faveur des victimes. La jurisprudence disponible au stade actuel fait école quant aux réparations et assistances accordées aux victimes des crimes relevant de sa compétence.

LES RÉPARATIONS DANS L'AFFAIRE LUBANGA

Après avoir déclaré Thomas Lubanga Dyilo coupable des crimes de conscription et d'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans au sein de l'Union des Patriotes Congolais « UPC » et des Forces Patriotiques pour la Libération du Congo « FPLC » et du fait de les avoir fait participer activement à des hostilités, au sens des articles 8-2-e-vii et 25-3-a du Statut, de septembre 2002 à août 2003 en en Ituri/RDC, ³⁵ la Chambre a tenu d'autres audiences sur la peine et les réparations conformément aux articles 76-2 du Statut et 143 du RPP. Les audiences des réparations ont connu un parcours riche en termes des principes et procédures applicables aux réparations et au plan de mise en œuvre des réparations accordées aux victimes :

Le Procureur c. Thomas Lubanga, Chambre de Première Instance I, Décision Fixant les principes et procédures applicables en matière de réparations, ICC-01/04-01/06 du 7 août 2012, ICC-01/04-01/06-2904-tFRA, le 19 février 2013.

Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Chambre d'appel, Ordonnance de réparation modifiée, du 3 mars 2015, ICC-01/04-01/06-3129-AnxA-tFRA, le 1er août 2016.

34 Le Conseil de direction du Fonds au profit des victimes affirme que la justice réparatrice prévue par le Statut de Rome revêt une importance incontestable pour les victimes, Déclaration du 14 Septembre 2018, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180914-stat-tfv&ln=fr>, (visité le 5 mai 2020).

35 *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06 du 14 mars 2012, ICC-01/04-01/06-2842-tFRA 31/08/2012, paragraphe 1358.

Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Chambre de Première Instance II, Rectificatif de la « Décision fixant le montant des réparations auxquelles Thomas Lubanga Dyilo est tenu », version publique expurgée, ICC-01/04-01/06 du 21 décembre 2017, ICC-01/04-01/06-3379-Red-Corr du 21 décembre 2017.

Par ces ordonnances, la Cour rappelle la portée des réparations en insistant sur le fait qu'il est du droit des victimes de demander et d'obtenir réparation. Ce droit a déjà trouvé une consécration importante sur le plan international.³⁶ En cela, la Cour a la latitude d'accorder aux victimes une réparation individuelle ou collective et, lorsqu'elle l'estime appropriée, elle peut accorder les deux concurremment car elles ne s'excluent pas mutuellement.³⁷ Les réparations individuelles à accorder ne doivent, cependant pas, constituer une source des tensions et de divisions au sein des communautés. Lorsqu'il est envisagé des réparations collectives, on doit s'assurer qu'elles remédient au préjudice que les victimes ont subi aussi bien individuellement que collectivement.³⁸

Cette première décision de la CPI en matière de réparations, accueillie dans différents milieux notamment diplomatiques, de la société civile et du savoir, apparaît comme une innovation notable en matière de réparations au profit des victimes des crimes internationaux. Elle était cependant entachée ou teintée de certaines faiblesses ayant conduit la Chambre d'appel au devoir de rappeler ce qu'une ordonnance de réparation se doit de contenir :

- être prise à l'encontre de la personne condamnée, Mr Lubanga le cas échéant ;
- établir la responsabilité financière de Mr Lubanga et l'en informer, ainsi que du fait que, exceptionnellement, le Fonds d'aide au profit des victimes se chargeait de son évaluation ;
- stipuler les types de réparation – individuelle et/ou collective – qui sont octroyés ;
- définir les types de préjudice qui peuvent faire l'objet d'une réparation, en gardant à l'esprit la nécessité d'un lien entre le préjudice subi et les crimes pour lesquels Mr Lubanga a été condamné ;
- Identifier les victimes susceptibles d'être éligibles à la réparation ou énoncer les critères d'éligibilité (Redress Trust : 2017, pages 6 & 7).

Il a fallu attendre le rectificatif de la « Décision fixant le montant des réparations auxquelles Thomas Lubanga Dyilo est tenu » de la Chambre de première instance II, du 21 décembre 2017, dans sa traduction enregistrée du 21 décembre 2017 pour qu'elle fixe le montant des réparations, le nombre des victimes, déclare son indigence et enjoint au Conseil du Fonds d'indiquer s'il est en mesure d'affecter un montant supplémentaire à la mise en œuvre des réparations collectives dans la présente affaire en ces termes :

« Rend, à l'unanimité, la présente Décision fixant le montant des réparations auxquelles M. Thomas Lubanga est tenu ;

36 Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies, A/RES/60/147 du 16 Décembre 2005, voir le texte en annexe du chapitre I, Evolution de l'accès des victimes à la justice.

37 *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, Chambre de Première Instance I, Décision Fixant les principes et procédures applicables en matière de réparations, ICC-01/04-01/06-2904-tFRA du 7 août 2012 et traduction enregistrée le 19 février 2013, paragraphes 217 – 221.

38 *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre d'appel, Ordonnance de réparation modifiée, du 3 mars 2015, ICC-01/04-01/06-3129-AnxA-tFRA, le 1er août 2016, paragraphe 33.

Constate que 425 des 473 victimes potentiellement éligibles issues de l'échantillon ont démontré au standard de preuve de l'hypothèse la plus probable être une victime directe ou une victime indirecte des crimes pour lesquels M. Lubanga a été déclaré coupable ;

Décide, par conséquent, que les 425 victimes doivent bénéficier des réparations collectives approuvées par la Chambre dans la présente affaire ;

Constate que les 425 victimes ne constituent qu'un échantillon de victimes potentiellement éligibles et que des centaines voire des milliers de victimes additionnelles ont subi de préjudice résultant des crimes pour lesquels M. Lubanga a été condamné ;

Fixe le montant des réparations auxquelles M. Lubanga est tenu à la somme totale de 10.000.000 USD, ce qui comprend à la fois sa responsabilité à l'égard des 425 victimes issues de l'échantillon, soit 3.400.000 USD, et sa responsabilité à l'égard des autres victimes qui pourraient être identifiées, soit 6.600.000 USD ;

Déclare que M. Lubanga est indigent aux fins des réparations au jour de la présente Décision ;

Enjoint au Conseil de direction du Fonds de lui indiquer s'il est en mesure d'affecter un montant supplémentaire à la mise en œuvre des réparations collectives dans la présente affaire, dans le respect des dispositions de la règle 56 du Règlement du Fonds, ou de poursuivre ses efforts visant la collecte de fonds supplémentaires, au plus tard le 15 février 2018 ;

Enjoint à la Présidence, avec l'assistance du Greffier, de surveiller de manière continue la situation financière de M. Lubanga conformément à la norme 117 du Règlement de la Cour ;

Enjoint au Fonds de prendre contact avec le Gouvernement de la RDC en vue d'établir la manière dont il pourrait contribuer au processus des réparations et tenir la Chambre informée à ce sujet ;

Enjoint au Fonds de déposer des observations sur la possibilité de poursuivre la recherche et l'identification des victimes avec l'assistance du BCPV et des Représentants légaux des victimes V01 et V02, au plus tard le 15 janvier 2018 ;

Décidera sur la suite de la mise en œuvre des réparations collectives en temps opportun ;

Invite le Fonds à envisager la possibilité d'inclure les personnes qui ne remplissent pas le critère requis afin de bénéficier des réparations ordonnées dans la présente affaire dans les programmes d'assistance mis en place dans la zone de situation en RDC ;

Enjoint au Greffier de prendre toutes les mesures nécessaires pour donner une publicité adéquate à la présente décision ». ³⁹

Près de huit ans après, depuis le déclenchement de la procédure de réparations dans l'affaire *Lubanga*, est-il encore permis de croire à son aboutissement au profit des victimes ? Les victimes craignent pour l'effectivité de la réparation suite à la libération de *Lubanga* intervenue le 15 mars 2020 après avoir purgé une peine d'emprisonnement : « Comment peut-on

39 *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre de Première Instance II, Rectificatif de la « Décision fixant le montant des réparations auxquelles Thomas Lubanga Dyilo est tenu », version publique expurgée, ICC-01/04-01/06 du 21 décembre 2017, ICC-01/04-01/06-3379-Red-Corr du 21 décembre 2017, paragraphes. 123/124.

le libérer alors que la réparation n'est pas encore effective ? Pour Bosco [Ntaganda], nous pensons que la cour va le détenir jusqu'à la réparation des victimes car il est co-auteur de Thomas », ⁴⁰ s'est exclamée une des victimes ayant entendu parlé de la libération de Thomas Lubanga.

Visiblement, la situation est au point mort, la procédure est dans l'impasse et les victimes attendent toujours la pleine exécution de l'ordonnance de réparation (Redress Trust : 2016, page 8 ; 2019, 26). Depuis lors, le Fonds au Profit des victimes aura certainement de la peine à identifier et à localiser les victimes suite à la reprise des hostilités dans les zones cibles entre les groupes armés et les forces armées gouvernementales. A cela, il faudra aussi une politique bien ficelée pour qu'au moment venu, les opérations de réparations ne suscitent pas de nouvelles tensions entre les communautés locales directement concernées et ne soient pas aussi une nouvelle forme de traumatisme psychologique des victimes obligées aujourd'hui d'accueillir leur bourreau qui vaque librement à ses occupations ?

LES RÉPARATIONS DANS L'AFFAIRE KATANGA

La Chambre de première instance II a déclaré, en date du 7 mars 2014, Germain Katanga coupable, au sens de l'article 25-3-d du Statut, de complicité des crimes, commis le 24 février 2003, d'un chef de crime contre l'humanité (meurtre) et de quatre chefs de crime de guerre (meurtre, attaque contre une population civile en tant que telle ou contre des personnes civiles ne participant pas directement aux hostilités, destruction des biens et pillage) en lien avec l'attaque de Bogoro (Ituri/RDC).

Après une procédure fouillée, la Chambre de Première Instance II a rendu son ordonnance de réparation à l'encontre de M. Germain Katanga en vertu de l'article 75 du Statut :⁴¹

« Constate que deux cent quatre-vingt-dix-sept des trois cent quarante et un Demandeurs ont démontré au standard de preuve de l'hypothèse la plus probable être victime des crimes commis pour lesquels M. Katanga a été coupable ;

Décide, par conséquent, que ces deux cent quatre-vingt-dix-sept victimes doivent bénéficier des réparations octroyées dans la présente affaire ;

Évalue l'ampleur du préjudice subi par les deux cent quatre-vingt-dix-sept victimes à une valeur monétaire totale de 3.752.620 USD ;

Fixe le montant incombant à M. Katanga en matière de réparations à 1.000.000 USD ;

Déclare que M. Katanga est indigent aux fins des réparations au jour de la présente Ordonnance de réparation ;

Ordonne des réparations individuelles, à savoir une indemnisation sous forme d'un montant symbolique de 250 USD ainsi que des réparations collectives ciblées au bénéfice de chaque victime, sous forme d'une aide au

40 Joachim Unegi, Directeur de la Radio Colombe de Mahagi (180 km au nord de Bunia, à la frontière avec l'Ouganda), Les victimes des crimes craignent pour l'effectivité de la réparation suite à la libération de Thomas Lubanga, 25 mars 2020, <https://french.lubangatrial.org/2020/03/25/les-victimes-des-crimes-craignent-pour-leffectivite-de-la-reparation-suite-a-la-liberation-de-thomas-lubanga/>

41 *Le Procureur c. Germain Katanga*, Chambre de Première Instance II, Ordonnance de réparation, ICC-01/04-01/07-3728 du 24 mars 2017.

logement, d'un soutien à une activité génératrice de revenus, d'une aide à l'éducation et d'un soutien psychologique ;

Enjoint au Fonds de préparer un projet de mise en œuvre, à la lumière des décisions de la Chambre relatives aux types et modalités de réparations, qu'il déposera le 27 juin 2017 au plus tard et dans lequel il proposera un programme décrivant les projets qu'il entend développer ;

Enjoint au Représentant légal et à la Défense de déposer des observations sur le Projet pour le 28 juillet 2017 au plus tard ;

Enjoint à la Défense de contacter le Fonds afin de discuter de la contribution de M. Katanga, s'il le souhaite, aux modalités de réparations ;

Enjoint au Fonds de prendre contact avec le Gouvernement de la RDC sur sa possible collaboration à la réalisation et à la mise en œuvre des réparations ;

Enjoint à la Présidence, avec l'assistance du Greffier, de surveiller de manière continue la situation financière de M. Katanga conformément à la norme 117 du Règlement de la Cour ;

Enjoint, au vu de la situation financière actuelle de M. Katanga, au Conseil de direction du Fonds de lui indiquer s'il est disposé à utiliser ses « autres ressources » afin de permettre le financement et la mise en œuvre des réparations individuelles et collectives, et de l'informer dudit montant dans le Projet ;

Invite le Fonds à tenir compte, dans le cadre de son mandat d'assistance, chaque fois que cela lui sera possible, des préjudices qu'ont subis les Demandeurs du fait des violences à caractère sexuel ou du fait d'un traumatisme psychique transgénérationnel ainsi que des préjudices qu'ont subis les anciens enfants soldats, que la Chambre n'a pas été en mesure de considérer dans la présente affaire ; et

Enjoint au Greffe de prendre toutes les mesures nécessaires pour donner une publicité adéquate à la présente Ordonnance de réparation ».

Par cette Ordonnance de réparation, la Chambre a fait preuve de quelques améliorations contrairement à l'Affaire *Lubanga*.⁴² Des centaines des victimes ont été identifiées par le Greffe et Représentant légal des victimes, des propositions concrètes sur l'évaluation monétaire du préjudice subi par les victimes ont été soumises à la Chambre. Toute la procédure a permis aux victimes de se manifester et de présenter leurs perspectives en spécifiant leur demande de réparation avant que celles-ci ne soient octroyées (Redress trust : 2016, page 9).⁴³ Cela, pour éviter toute indifférence de la part de victimes et des tensions entre communautés, les réparations doivent s'inspirer de la culture et des coutumes locales qui ne sont pas discriminatoires ou d'exclusion.⁴⁴ L'affaire *Katanga* rencontre tous nos suffrages par le fait que la Cour, « pour la première fois, a accordé des réparations à des victimes individuelles

42 L'Affaire *Lubanga* a connu trois ordonnances de réparation dont la dernière est : *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre de Première Instance II, Rectificatif de la « Décision fixant le montant des réparations auxquelles Thomas Lubanga Dyilo est tenu », version publique expurgée, ICC-01/04-01/06 du 21 décembre 2017, ICC-01/04-01/06-3379-Red-Corr du 21 décembre 2017. Les améliorations sont notamment la qualité de l'ordonnance sous examen et d'autres aspects comme les réparations individuelles accordées tout en s'inspirant de la culture et des coutumes locales non discriminatoires des victimes.

43 CPI, *Katanga*, ICC-01/04-01/07-3711, 30 septembre 2016, Observations de la Défense sur l'évaluation monétaire du préjudice subi par les victimes ; CPI, *Katanga*, ICC-01/04-01/07-3713, 30 septembre 2016, Observations des victimes sur la valeur monétaire des préjudices allégués.

44 *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre d'appel, Ordonnance de réparation modifiée, du 3 mars 2015, ICC-01/04-01/06-3129-AnxA-tFRA, le 1er août 2016, paragraphe 47.

... Elles ont ainsi, à la fin de la procédure, obtenu une indemnisation financière symbolique en plus d'une aide au logement et d'un soutien à une activité génératrice de revenus, ainsi que des réparations collectives » (Redress Trust : 2016, page 9 ; 2019 : page 27). Visiblement, ces réparations ont aussi été orienté vers des programmes autonomes en vue de permettre aux victimes, à leurs familles et à leurs communautés de bénéficier de ces réparations sur le long terme.⁴⁵ Les premières actions individuelles faites par la CPI à Bogoro⁴⁶ méritent de faire l'objet d'une évaluation soutenue tant du côté de la Cour que des victimes bénéficiaires sur la valeur des montants alloués individuellement par rapport au pouvoir d'achat de la population, du contexte sécuritaire, de la réparation individuelle directe et de la réparation individuelle indirecte .

Tout en rappelant les principes établis en matière de réparation (article 75-1 du Statut), en appréciant les efforts de la Chambre d'appel dans l'affaire *Lubanga* et sous réserve des modifications contenues dans l'Ordonnance de réparation dans l'affaire *Katanga* (Ordonnance de réparation sous examen ici), la Chambre rappelle en particulier que :

« Pour toutes les questions liées aux réparations, elle « ... doit traiter les victimes avec humanité et respecter leur dignité et leurs droits humains ». La Chambre doit également traiter toutes les victimes ... équitablement et de la même manière, qu'elles aient participé ou non au procès ayant débouché sur la décision rendue en application de l'article 74 du Statut ... La Chambre rappelle en outre que, tel qu'énoncé à l'article 68 du Statut et à la règle 86 du Règlement de Procédure et de Preuve, elle doit tenir compte des besoins de toutes les victimes. La Chambre rappelle également que, conformément aux règles 87 et 88 du Règlement de Procédure et de Preuve, des mesures appropriées doivent être mises en œuvre afin de garantir la sécurité, le bien-être physique et psychologique et la protection de la vie privée des victimes. Il est, par ailleurs, primordial que les réparations soient accordées et accessibles aux victimes sans distinction défavorable fondée sur le sexe, l'âge, la race, la couleur, la langue, la religion ou la conviction, les opinions politiques ou autres, l'orientation sexuelle, l'origine nationale, ethnique ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre qualité ».⁴⁷

La Chambre a aussi tenu à rappeler qu'une ordonnance de réparation rendue en vertu de l'article 75 du Statut doit répondre, au minimum, à cinq critères essentiels :

- l'ordonnance de réparation doit être rendue à l'encontre de la personne déclarée coupable ;
- la Chambre doit indiquer quelles sont les victimes admises à bénéficier des réparations accordées ou fixer les critères d'admissibilité sur base du lien entre le préjudice subi par les victimes et les crimes dont la personne a été déclarée coupable ;
- la Chambre doit définir le préjudice causé aux victimes du fait des crimes dont la personne a été déclarée coupable. À cet égard, la Chambre note que l'évaluation de l'ampleur du préjudice causé aux victimes, aux fins de définir la nature et/ou l'importance des réparations à octroyer, peut

45 *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre d'appel, Ordonnance de réparation modifiée, du 3 mars 2015, ICC-01/04-01/06-3129-AnxA-tFRA, le 1er août 2016, paragraphe 48.

46 Fonds au profit des victimes, Assistance et réparations, réalisations, enseignements tirés et évolution, Rapport sur l'état d'avancement des programmes, Septembre 2015, Page 65.

47 *Lubanga*, Chambre d'appel, Ordonnance de réparation, ICC-01/04-01/06-3129-AnxA-tFRA, paragraphes 15, 12, 34, 18 et 16 ; *Le Procureur c. Germain Katanga*, Chambre de Première Instance II, Ordonnance de réparation, ICC-01/04-01/07-3728 du 24 mars 2017, paragraphe 30.

être effectuée par une Chambre de première instance, dans l'ordonnance de réparation, ou être effectuée par le Fonds une fois l'ordonnance de réparation rendue ;

- la Chambre doit établir la responsabilité de la personne coupable en matière de réparations et l'informer de cette responsabilité. Cela signifie que la chambre doit préciser la portée de cette responsabilité en fixant le montant monétaire qui lui incombe à ce titre. A cet égard, la Chambre note que la responsabilité en matière de réparations d'une personne déclarée coupable se fonde sur et est limitée aux préjudices causés par les crimes pour lesquels la personne a été reconnue coupable ...
- la Chambre doit préciser et motiver le type de réparations ordonnées, qu'elles soient collectives, individuelles ou les deux, conformément aux règles 97-1 et 98 du Règlement de procédure et de preuve. Elle doit aussi indiquer les modalités de réparations que la Chambre juge appropriées sur la base des circonstances particulières de l'affaire en l'espèce.⁴⁸

Rappelant aussi la notion de « victime » au sens de l'article 85 du Règlement de Procédure et de Preuve, la Chambre est revenue sur quatre conditions présentée par la Chambre d'appel dans l'affaire *Lubanga*⁴⁹ avant d'accorder le statut de victime participant au stade du procès pour toute personne ayant présenté une demande de participant, à savoir : « le demandeur doit être une personne physique ou morale ; doit avoir subi un préjudice ; que le crime ayant causé préjudice relève de la compétence de la Cour et qu'il existe un lien de causalité entre ledit préjudice et le crime. La notion de victime implique nécessairement l'existence d'un préjudice personnel, mais aussi n'implique pas nécessairement l'existence d'un préjudice direct ».⁵⁰

La libération de Germain Katanga avant l'effectivité de réparations des victimes en Ituri soulève aujourd'hui beaucoup d'inquiétudes dans les milieux des victimes. Elles sont très désemparées quant à leur sort tant sur le plan psychologique que sécuritaire. Comment garantir les droits des victimes conformément aux prescrits des articles 87 et 88 du Règlement de Procédure et de Preuve après la libération du coupable ayant purgé sa peine ? Est-ce que la Cour a communiqué des mesures appropriées afin de garantir la sécurité, le bien-être physique et psychologique et la protection de la vie privée des victimes ? Quelle appréciation faire de la lenteur qui caractérise le processus d'indemnisation des victimes ? Toutes considérations faites, et si aucune action n'est entreprise dans le meilleur délai, d'aucuns seraient tenté à voir le travail de la Cour sous un œil d'une « pièce de cinéma » sans impact réel sur le sort des victimes en termes de réparation et de garantie de non répétition particulièrement.

LES RÉPARATIONS DANS L'AFFAIRE AL MAHDI

En date du 27 septembre 2016, Ahmad Al Faqi Al Mahdi a été reconnu par la CPI coupable du crime de guerre d'avoir intentionnellement dirigé des attaques contre des monuments

48 *Le Procureur c. Germain Katanga*, Chambre de Première Instance II, Ordonnance de réparation, ICC-01/04-01/07-3728 du 24 mars 2017, paragraphe 31.

49 *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre d'appel, Arrêt relatif aux appels interjetés par le Procureur et la Défense contre la Décision relative à la participation des victimes rendues le 18 janvier 2008 par la Chambre de première instance I, daté le 11 juillet 2008 et traduction enregistrée le 27 août 2008, ICC-01/04-01/06-1432-tFRA, paragraphes 61-65.

50 *Le Procureur c. Germain Katanga*, Chambre de Première Instance II, Ordonnance de réparation, ICC-01/04-01/07-3728 du 24 mars 2017, paragraphes 36/37 & 39.

historiques et dédiés à la religion à Tombouctou, au Mali, entre fin juin et début juillet en 2012.⁵¹ Dans son Ordonnance de réparation, la Chambre de première instance VIII :

« Ordonne l'octroi de réparations individuelles, collectives et symboliques en faveur de la communauté de Tombouctou, comme précisé aux paragraphes 56, 67, 71, 83, 90, 106 et 107 de la présente ordonnance,

Reconnaît que la destruction des Bâtiments protégés a causé des souffrances à toute la population du Mali et à la communauté internationale,

Évalue la responsabilité d'Ahmad Al Mahdi aux fins de ces réparations à 2,7 millions d'euros,

Encourage le Fonds au profit des victimes à prendre des mesures pour compléter les réparations ordonnées et à proposer aux victimes au Mali une assistance plus large, comme précisé aux paragraphes 108 et 138 de la présente ordonnance,

Ordonne au Greffe de prendre immédiatement les mesures symboliques définies au paragraphe 71 de la présente ordonnance,

Fixe au 16 février 2018 la date limite de dépôt du projet de plan de mise en œuvre préparé par le Fonds au profit des victimes, et

Donne instruction au représentant légal des victimes et à la Défense de déposer toute observation concernant le projet de plan de mise en œuvre dans un délai de 30 jours à compter de sa notification ».⁵²

A l'instar des affaires *Lubanga* et *Katanga*, la Chambre reconnaît l'état d'indigence d'Ahmad Al Mahdi tout en encourageant le Fonds au profit des victimes à compléter les mesures de réparation individuelles et collectives et à s'employer à collecter des fonds dans la mesure nécessaire pour compléter la totalité des mesures ordonnées.⁵³

Par son rapport, *The Redress Trust* (2016, page 11), estime que l'affaire *Ahmad Al Faqi Al Mahdi (Al Mahdi)* se présente en un modèle d'efficacité et de rapidité (bien qu'il faille tenir compte de la circonstance particulière que constitue l'admission de culpabilité). Il a fallu seulement un an à la Cour pour conduire les procédures préliminaires et le procès après la présentation de *Ahmad Al Faqi Al Mahdi* devant elle, et produire une Ordonnance de réparation le 17 août 2017. En revenant sur la question des victimes dans cette affaire, la Chambre « reconnaît que la destruction des Bâtiments protégés a causé des souffrances à toute la population du Mali et à la communauté internationale ». Les victimes ne sont pas seulement Maliennes mais aussi toute la communauté internationale, ce qui fait que le nombre des victimes devient plus important et nécessitant des réparations significatives. L'indigence du coupable ne constitue pas un obstacle à la réparation des victimes. Ainsi, la Chambre a alloué des réparations individuelles, collectives et symboliques aux victimes. Il a aussi été considéré que les descendants des personnes dont les membres de la famille avaient été enterrés dans les mausolées endommagés pouvaient recevoir une indemnisation pour le préjudice mental. Pour le fait que la destruction des sites avait engendré de l'anxiété et des souffrances morales chez les victimes individuelles et la communauté de Tombouctou, une compensation symbolique de 1 euro a été octroyé au Mali et à l'Unesco pour les dommages subis

51 *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Mahdi*, ICC-01/12-01/15-171-tFRA, 2 Septembre 2016.

52 *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, Ordonnance de réparation, ICC-01/12-01/15-236-tFRA du 17 août 2017, VII, paragraphes 66/67.

53 *Ibidem*, paragraphe 138.

par le Mali et la communauté internationale. Il s'agit ici d'une avancée aussi importante de reconnaissance et de réparations des torts causés au Mali et à la communauté internationale (Redress Trust : 2019, page 27), car les biens inscrits sur la liste du patrimoine commun de l'humanité bénéficient d'une protection à juste titre.

LES RÉPARATIONS DANS LES AFFAIRES NGUDJOLO, BEMBA ET RUTO

Par le jugement d'acquiescement du 18 décembre 2012 et confirmé par la Chambre d'appel, le 7 avril 2015, aucune ordonnance de réparation n'a été rendue dans l'affaire *Ngudjolo*. Tel est aussi le cas des affaires *The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*,⁵⁴ dans laquelle le juge avait décidé de mettre fin au procès suite à l'insuffisance des moyens à charge ; et *Le Procureur c. Jean Pierre Bemba*,⁵⁵ où la Chambre d'appel a considéré que les crimes visés au paragraphe 116 du jugement attaqué (jugement de condamnation) n'entraient pas dans le cadre des faits et circonstances décrits dans les charges. Par voie de conséquence elle a procédé à l'annulation du jugement attaqué et acquitté Jean Pierre Bemba de toutes les autres charges contre lui.

« ... aucune ordonnance de réparation ne peut être rendue à l'encontre de Jean Pierre Bemba en vertu de l'article 75 du Statut. La Chambre se doit de respecter les limites de la Cour et rappelle qu'elle ne peut ordonner l'octroi de réparations pour le préjudice subi du fait de crimes que si la personne jugée pour sa participation à ces crimes a été déclarée coupable. Toutefois, la Cour a été créée pour remplir une fonction aussi bien punitive que réparatrice (article 68-3 du Statut), ... il relève de son pouvoir de rendre une décision finale relative à la procédure en réparation, ayant elle-même mené l'ensemble des procédures en première instance et en réparation dans cette affaire. Elle considère qu'il convient de prendre acte des vues et préoccupations des victimes, conformément à l'article 68-3 du Statut, et juge que la Décision finale n'est ni préjudiciable ni contraire aux droits de Jean Pierre Bemba ».⁵⁶

Contrairement aux autres affaires devant la CPI, le cas Jean Pierre Bemba est un cas d'école lorsqu'on se permet de s'intéresser au sort des victimes. Tout au long de la procédure en premier degré avant de délivrer une « ordonnance relative à la réparation », plus de 5.000 victimes avaient participé au procès *Bemba*, une quantité importante des biens/fonds appartenant à Mr Bemba venaient d'être identifiés et gelés. Il était donc hors de question d'envisager une situation d'indigence dans la situation Bemba comme cela était les cas respectivement dans les affaires *Lubanga* et *Katanga*. Considérant le sort du prévenu condamné en 1er ressort et acquitté en appel, Redress Trust (2019, page 27 ; 2016, Page 11) a soulevé une préoccupation fondamentale dans son rapport : Est-il prudent pour la Cour de commencer à auditionner les parties concernant les réparations avant d'avoir déterminé les dernières questions d'appel ? Les résultats des consultations réalisées par Redress Trust (2019, page 65) révèlent que

54 *The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, trial Chamber V (A), Decision of Defense Applications for Judgment of Acquittal, ICC-01/09-01/11, 5 avril 2016, ICC-01/09-01/11-2027-Red-Corr du 16 juin 2016, P. 1, paragraphe 149 ; *Le Procureur c. Jean Pierre Bemba*, Chambre d'Appel, ICC-01/05-01/08-3653-tFRA du 3 août 2018, paragraphe 3.

55 *Le Procureur c. Jean Pierre Bemba*, Chambre d'Appel, ICC-01/05-01/08 A, 8 Juin 2018, ICC-01/05-01/08-3636-Red-tFRA du 16 juillet 2018, page 5.

56 *Le Procureur c. Jean Pierre Bemba*, Chambre d'Appel, ICC-01/05-01/08-3653-tFRA du 3 août 2018, paragraphe 3.

« Les réparations peuvent et devraient être intégrées à la procédure au stade préliminaire et en première instance. Les parties et participants seraient en mesure de formuler des observations plus ciblées, et le Greffe et le Fonds au profit des victimes pourraient fournir plus d'informations utiles sur les détails pratiques de l'affaire particulière en question. Et surtout, de tels principes donneraient aux victimes une idée de ce à quoi elles peuvent s'attendre, que ce soit sur le plan procédural et sur le plan fond ».

Tout en saluant le souci de protection de victimes au cours de toute la chaîne de la procédure pénale, il n'est pas aussi indiqué d'ignorer la pertinence de respect du droit de l'accusé à un procès juste et équitable. La décision d'acquiescement de la Chambre d'appel dans l'affaire *Bemba* éclaire notre réflexion quant au besoin de protection et de respect des droits de toutes les parties au procès et le sort des victimes reconnues en faisant appel à la mise en œuvre du deuxième mandat du Fonds au profit des victimes (mandat d'assistance). Le représentant légal des victimes a entre autres comme devoir d'informer les victimes sur la procédure en réparation qui est à la fois liée à la procédure pénale et séparée de cette dernière pour ne pas alimenter toute spéculation inconsidérée.

Le caractère *sui generis* de l'affaire *Bemba* porte particulièrement ici sur le fait que les victimes ont existé mais le coupable des crimes ayant causé des préjudices n'existe pas. Ainsi, la Chambre n'a pas hésité à reconnaître les victimes en ces termes :

« ... la décision rendue par la Chambre d'appel ne reposait sur un quelconque doute quant au préjudice subi par les victimes ayant participé à la procédure ... La Chambre d'appel a reconnu que certains crimes ont eu lieu en RCA entre 2002 et 2003 et n'a donc pas remis en question le statut des victimes en tant que tel ... La Chambre reconnaît que d'autres personnes, qui n'ont pas été admises à participer en tant que victimes en l'espèce, ont pu subir un préjudice du fait des crimes relevant de la compétence de la Cour en RCA entre 2002 et 2003 et devraient donc également être considérées comme des victimes aux fins du mandat d'assistance du Fonds. Au vu du nombre élevé de victimes en l'espèce et de la situation difficile en matière de sécurité en RCA, la mise en œuvre par le Fonds d'un programme relevant de son mandat d'assistance sera sans doute une tâche délicate. La réussite de tout programme dépendra largement de la capacité du Fonds d'obtenir, entre autres, des données à jour sur les victimes, comme les renseignements leur permettant de les joindre et le lieu où elles se trouvent, et de bénéficier des réseaux de partenaires sur place. Étant donné que bon nombre de ces informations ont déjà été recueillies tout au long de la procédure en réparation par les représentants légaux et les sections concernées du Greffe, la Chambre encourage fortement toutes les parties prenantes à coopérer avec le Fonds ».⁵⁷

Le Fonds au profit des victimes devrait s'engager dans l'exécution de son deuxième mandat d'apporter assistance aux victimes en République Centrafricaine (RCA). Les victimes ont non seulement crié à l'impunité entretenue par la Cour en RCA, selon elles, en perdant ainsi confiance en la justice de la Cour après l'acquiescement de Jean Pierre Bemba.⁵⁸ Une telle lecture serait réductrice de la mission de la Cour appelée à rendre une justice juste et équitable en respectant les droits de toutes les parties au procès. La reconnaissance des

57 *Le Procureur c. Jean Pierre Bemba*, Décision finale relative à la procédure en réparation, ICC-01/05-01/08 du 3 août 2018, ICC-01/05-01/08-3653-tFRA du 3 août 2018 paragraphes 6, 12.

58 *Ibidem*, paragraphe 6.

victimes a été une manifestation correcte de la réelle volonté de la Cour à ne pas abandonner les victimes à leur triste sort, le Fonds au profit des victimes dans son mandat d'assistance apparaissant ici comme un mécanisme solide de leur prise en charge.

La phase de la réparation est marquée par des entraves de plusieurs ordres qui ne permettent pas une mise en œuvre effective des réparations dans le meilleur délai. Cet état des choses est aussi critiquable au point que « pour les victimes, ces longues et pénibles années d'attente pour obtenir justice ont été une succession d'espoirs et de déceptions, de craintes et de joies. » (Redress Trust : 2019, page 9). Une simple impression conduirait à penser que la Cour a été « chaussée » par les Etats parties au Statut de Rome au-delà de sa taille, n'ayant pas tous les moyens de sa politique en matière de réparation, elle court le risque d'un déshonneur ou d'une considération de « théâtralisation » aux yeux des victimes. Au-delà du cliché financier, elle rencontre des difficultés énormes à conjuguer aisément avec le Fonds au profit des victimes spécifiquement sur la question de plan de mise en œuvre de la réparation. A cela, il faut ajouter toute l'impasse autour du moment de la formulation et de l'introduction d'une demande en réparation, l'identification des victimes potentielles bénéficiaires de la réparation, l'évaluation des demandes déclarées recevables par la Cour, l'évaluation du préjudice subi et l'établissement de la responsabilité civile du coupable, le manque d'homogénéité dans les décisions rendues, l'absence de stratégies en matière de réparations à l'échelle de la Cour (Redress Trust : 2019, page 11-14 ; 2016, pages 11 – 22). Considérant le caractère aussi complexe de la procédure en matière de réparation qui peut conduire au risque d'exclure certaines victimes, et, susciter par ce fait, des nouvelles tensions entre les communautés locales, la Cour devra renforcer son programme de sensibilisation auprès des victimes.

V. CONCLUSION

Le droit à la réparation en matière des crimes internationaux est aujourd'hui consacré en droit international pénal par le système du Statut de Rome de la CPI et par d'autres instruments juridiques internationaux à titre d'un droit fondamental. Ce qui n'avait jamais été accordé devant une juridiction pénale internationale est désormais une réalité devant la CPI. Les victimes des crimes relevant de sa compétence jouissent de leur droit à la réparation. Cette évolution permet aux victimes de partager des informations au Procureur de la Cour et lui demander d'ouvrir des enquêtes, de témoigner au cours d'un procès, de participer aux procédures en exprimant leurs vues et préoccupations aux juges et formuler des demandes de réparation du préjudice qu'elles ont subi. La participation à la procédure n'est cependant pas un préalable pour avoir droit à la réparation. Une victime qui n'a pas participé à la procédure, peut très bien faire une demande de réparation. La Cour peut même accorder une réparation d'office. Il est envisagé un mécanisme approprié mettant les victimes à l'abri de l'insolvabilité ou de l'indigence du coupable, ou alors, en cas d'acquiescement du prévenu après avoir reconnu l'existence des victimes. Le Fonds au profit des victimes est l'institution établie en vue de procéder aux réparations conformément aux ordonnances rendues par la Cour ou alors d'assister les victimes reconnues.

Le Fonds au profit des victimes, un mécanisme du système des réparations, a été sollicité en réparation comme en assistance aux victimes dans les différentes ordonnances de réparation prononcées par la Cour. Il a été fait recours notamment à des compensations monétaires, de restitution des biens, des mesures de réhabilitation, des mesures symboliques telles que des excuses ou des commémorations. Il a été accordé soit une réparation individuelle, soit une réparation collective, soit les deux concurremment selon ce qui convient le mieux aux victimes dans l'affaire considérée.

Dix-huit ans après la création de la Cour et près de huit ans après la publication de la première ordonnance de réparation en 2012 (Affaire *Lubanga*), la Cour vient de réaliser des avancées notables en termes de consolidation d'une jurisprudence qui fait école en matière des réparations. Néanmoins les résultats des réparations (affaires *Lubanga*, *Katanga* en RDC et *Al Mahdi* au Mali) et d'assistance aux victimes (affaire *Bemba* en République Centrafricaine) sont très mitigés. L'exécution effective et rapide des réparations en faveur des victimes est indûment retardée (Redress Trust : 2019, page 14). La procédure pénale semble l'avoir emporté sur la procédure en réparation au point que les victimes s'interrogent sur la *ratio legis* de toutes les ordonnances de réparation rendues. La mise en œuvre de ces ordonnances n'est plus à négocier, il s'agit d'un droit reconnu aux victimes. Visiblement, les ordonnances n'ont pas franchi le seuil du prétoire, elles demeurent des simples chapelets d'intentions sans impact réel sur les victimes dans leurs milieux de vie. Le retard observé dans la réalisation effective des réparations (droit à la réparation) devra attirer l'attention des représentants légaux des victimes et du Bureau du conseil public pour les victimes (BCPV). Le mandat de représentation et d'assistance juridique aux victimes confié aux avocats et au BCPV n'arrive à terme qu'après une réparation effective du préjudice causé aux victimes et l'assistance à accorder. Toute manœuvre dilatoire doit être dénoncée au plus haut niveau devant les instances habilitées. Le dépassement excessif de délai serait compromettant au point que les victimes seraient encore exposées au châtiement de leurs anciens bourreaux qui reviennent après avoir purgé leurs peines sans que des mesures de sécurité des victimes n'aient été envisagées ni par la Cour ou ni par l'Etat. La libération de Germain Katanga et de Thomas Lubanga et leur éventuel retour en Ituri en RDC avant que les réparations ne soient effectives alimente un sentiment d'abandon de victimes au profit des bourreaux.

L'espoir des milliers des victimes en RDC comme en RCA à la justice réparatrice annoncée « tambour battant » à Rome, les victimes ne pouvant désormais obtenir réparation, semble être une coquille vide. Le retour à la case de départ quant au sort des victimes devant les juridictions pénales internationales semble redevenir une réalité, car « chassez le naturel, il revient au galop ». Le succès de la Cour tient, certes, non seulement au fait de condamner les criminels, mais aussi, à sa capacité à mettre en place un système de réparations solide dans sa manière de rendre la justice. Le renforcement des unités de sensibilisation dans les pays membres, particulièrement où on enregistre des situations et des affaires pendantes devant la Cour s'avère une nécessité. Tout en fustigeant les faiblesses et le retard observés dans la procédure des réparations devant la CPI, Redress Trust (2019, pages 15-16) présente un menu des recommandations à mettre à profit. Les représentants légaux des victimes (avocats) doivent jouer en amont comme en aval un rôle proactif veillant à la réalisation effective de la réparation dans un « délai raisonnable », dénoncer les obstacles éventuels et garantir leur protection lors de la libération des bourreaux. La Cour a encore un long chemin à parcourir. Elle doit relever le défi de dépasser le simple slogan et la volonté théorique de prise

en compte de besoins des victimes (droit à la réparation) et atteindre la phase effective des réparations des victimes ayant subi des préjudices des crimes relevant de sa compétence. Le tableau ci-dessous⁵⁹ est un miroir ou une vitrine jurisprudentielle de la Cour (jurisprudence) dans sa phase de mise en œuvre des réparations au profit des victimes des crimes internationaux relevant de sa compétence.

N°	Affaires	Décisions	Niveau d'exécution : Total/partiel-raison	Lieu d'exécution	Observations/commentaires
01.	Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo	- Jugement d'acquiescement - Pas d'ordonnance de réparation, recours au mandat d'assistance du Fonds au Profit des victimes	Aucune ordonnance de réparation n'ayant été prononcée, aucune réparation n'est en cours.	Ituri/RDC	Le mandat d'assistance du Fonds s'étend à toutes les victimes des crimes tombant sous la compétence de la Cour, sans considération de leur auteur. Le recours au mandat d'assistance du Fonds n'est pas alternatif à l'absence de réparations accordées dans une affaire. Il s'exécute indépendamment des procédures de réparation.
02.	Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo	- Jugement de condamnation - (Indigent) - Ordonnance de réparation disponible	L'ordonnance de réparation est en cours d'exécution. Le Fonds au profit des victimes a présenté un projet de plan de mise en œuvre de l'ordonnance de réparation et diverses informations additionnelles. La Chambre de première instance compétente a approuvé la mise en œuvre de réparations collectives symboliques ainsi que des réparations collectives sous forme de services apportés aux victimes. Le Fonds a entamé les démarches administratives nécessaires à la mise en œuvre concrète de ces activités. L'identification des victimes est bien avancée. Aucune information publique supplémentaire ne permet d'établir le niveau d'exécution des réparations avec précision.	Ituri/RDC	Les informations sont confidentielles afin d'assurer le succès de la mise en œuvre et garantir la sécurité des victimes concernées qui sont informées du niveau d'exécution.

59 Niveau d'exécution des ordonnances de réparation de la CPI en RDC, République Centrafricaine et au Kenya à la date du 27 mai 2020.

03.	Le Procureur c. Germain Katanga	<ul style="list-style-type: none"> - Jugement de condamnation - (Indigent) - Ordonnance de réparation disponible 	<p>L'ordonnance de réparation est en cours d'exécution.</p> <p>La Chambre a accordé des réparations individuelles symboliques ainsi que des réparations collectives ciblées aux individus qu'elle a reconnu comme victimes.</p> <p>Le Fonds au profit des victimes a présenté un projet de plan de mise en œuvre de l'ordonnance de réparation et diverses informations additionnelles.</p> <p>Le Fonds a entamé les démarches administratives nécessaires à la mise en œuvre concrète de ces activités.</p> <p>Aucune information publique supplémentaire ne permet d'établir le niveau d'exécution des réparations avec précision.</p>	Ituri/RDC	<p>Les informations sont confidentielles afin d'assurer le succès de la mise en œuvre et garantir la sécurité des victimes concernées qui sont informées du niveau d'exécution.</p>
04.	Le Procureur c. JP Bemba	<ul style="list-style-type: none"> - Jugement d'acquiescement - Pas d'ordonnance de réparation, recours au mandat d'assistance du Fonds au Profit des victimes 	<p>Aucune ordonnance de réparation n'ayant été prononcée, aucune réparation n'est en cours.</p>	RCA	<p>Le mandat d'assistance du Fonds s'étend à toutes les victimes de crimes tombant sous la compétence de la Cour, sans considération de leur auteur.</p> <p>Le recours au mandat d'assistance du Fonds n'est pas alternatif à l'absence de réparations accordées dans une affaire. Il s'exécute indépendamment des procédures de réparation.</p> <p>Le Fonds finalise les préparatifs pour la mise en œuvre d'activités spécifiques au profit des victimes de crimes tombant sous la compétence de la Cour en RCA.</p>

05.	Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi	- Jugement de condamnation - Ordonnance de réparation disponible	L'ordonnance de réparation est en cours d'exécution. Le Fonds au profit des victimes a présenté un projet de plan de mise en œuvre de l'ordonnance de réparation et diverses informations additionnelles. La Chambre de première instance compétente a approuvé la mise en œuvre de réparations individuelles et collectives. L'identification des victimes est bien avancée. Le Fonds a entamé les démarches administratives nécessaires à la mise en œuvre concrète de ces activités. Aucune information publique supplémentaire ne permet d'établir le niveau d'exécution des réparations avec précision.	Mali	Les informations sont confidentielles afin d'assurer le succès de la mise en œuvre et garantir la sécurité des victimes concernées qui sont informées du niveau d'exécution.
06.	The Prosecutor c. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang	- Pas de jugement, les juges ayant mis fin au procès	Aucune ordonnance de réparation n'ayant été prononcée, aucune réparation n'est en cours.	Kenya	Le mandat d'assistance du Fonds s'étend à toutes les victimes de crimes tombant sous la compétence de la Cour, sans considération de leur auteur. Le recours au mandat d'assistance du Fonds n'est pas alternatif à l'absence de réparations accordées dans une affaire. Il s'exécute indépendamment des procédures de réparation. Le Fonds a indiqué son intention de mettre en œuvre des activités spécifiques au profit des victimes de crimes tombant sous la compétence de la Cour au Kenya.

RÉFÉRENCES

Bakama Bope E. & Ingange wa Ingange J.D. (s/dir), *Recueil des cours intensifs sur les droits de l'homme et le droit international pénal*, Editions CAD, Kinshasa, 2015.

Bititi Gilbert, « Les victimes devant la Cour Pénale Internationale : Les promesses de Rome ont-elles été tenues ? » in *Revue de Sciences Criminelles*, 2011.

- Boré J., *L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, JCP, 1974.
- Chabas F., *L'influence de la pluralité des causes sur le droit à réparation*, Thèse de doctorat, Paris, 1965.
- Chan J., *Le Fonds au profit des victimes de la Cour pénale internationale*, Bruxelles, 26 Novembre 2013.
- Christian Assale, *Le droit du dommage corporel, système d'indemnisation*, Dalloz, 1990.
- Cour Pénale Internationale, *Mieux comprendre la Cour Pénale Internationale*, La Haye, Pays Bas.
- Esmein V., *Le prix d'une espérance de vie*, D. Chronique, 1962.
- Fofe Djofia Malewa, *Les caractéristiques victimocentriques du droit pénal traditionnel*, *Revue de la Faculté de Droit*, numéro spécial, 1ère année, 1998, Kinshasa, 1998.
- Fonds au profit des victimes, *Assistance et réparations, réalisations, enseignements tirés et évolution*, Rapport sur l'état d'avancement des programmes, Septembre 2015.
- Gasigwa H., *Le droit et la morale dans l'indemnisation des dommages corporels*, Bukavu, CERUKI, 2000.
- Geneviève Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, 1965.
- Grégory Mestre, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, Paris, LGDJ, 2005.
- Guidon M., *Le préjudice esthétique*, Paris, LGDJ, 2006.
- ICC-ASP/1/Res. 6 portant création d'un fonds au profit des victimes de crimes relevant de la compétence de la Cour et de leurs familles, adoptée par consensus, à la séance plénière, le 9 septembre 2002.
- ICC-ASP/3/Res. 7, Création du Secrétariat du fonds d'affectation spéciale au profit des victimes, adoptée le 10 Septembre 2004.
- ICC, Résolution ICC-ASP/4/Res. 3 relative au Règlement du fonds d'affectation spéciale au profit des victimes, adoptée le 3 décembre 2005.
- Jeangene V., *Réparer l'irréparable : Les réparations aux victimes devant la Cour pénale internationale*, Presses Universitaires de France, Paris, 2009.
- Kangulumba Mbambi V., *Indemnisation des victimes des accidents de circulation et assurance de responsabilité civile automobile. Etude de droit comparé belge et congolais*, Thèse de doctorat, Louvain-La-Neuve, Bruylant, 2002.
- Kihangi Bindu K., « L'institution d'une juridiction pénale internationale pour les crimes internationaux commis en République Démocratique du Congo : Une nécessité de justice et de paix durable », *Revue Africaine de la Démocratie et de la Gouvernance (RADG)*, Vol. 2 ? N° 1&2, 2015.
- Kihangi Bindu Kennedy, *Etat des lieux de l'action de la Cour Pénale Internationale dans la lutte contre l'impunité en RDC*, Programme des Nations Unies de Perfectionnement en Droit International, inédit, Juillet / Août, à la Haye/ Pays Bas, inédit, 2010.
- Kihangi Bindu Kennedy, « Problématique du concept de justice et paix dans la poursuite des crimes graves commis à l'Est de la RDC », *Recueil des actes des journées scientifiques, Les 10 ans de la Cour Pénale Internationale : Bilan et perspectives*, Kinshasa, 23 au 25 octobre 2012.
- Lambert Y., *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, LGDJ, 1990.
- Letourneau P., *La Responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1982.
- Loi n° 023/2002 du 18 Novembre 2002 portant Code de justice militaire, 44ème année, n° spécial, 20 mars 2003, telle que modifiée à ce jour en République Démocratique du Congo.
- Marty G., « De la Relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile : Etude comparative des conceptions allemande, anglaise, et française », *Revue Trimestrielle de Droit Civile*, 1939.
- Montanier J., *L'incidence des prédispositions de la victime sur la causalité du dommage*, Grenoble, 1981.

Mubalama Zibona, J.C. Responsabilité, solidarité, sécurité. A la recherche d'un mécanisme de socialisation des risques liés à la contamination par le virus du SIDA en Afrique sub-saharienne, Thèse de doctorat, Université Catholique de Louvain, 2005.

Mushiata G. & Parmar S., *Déni de justice : Les Victimes de crimes graves ne reçoivent pas les réparations ordonnées par la Cour de justice en République Démocratique du Congo*, Editions ICTJ, Kinshasa, 2013.

Nguyen J., « L'influence des prédispositions de la victime sur l'obligation à réparation du défendeur à l'action en responsabilité », *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1976.

Nyabirungu R., *Droit international pénal : Crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, DES, Kinshasa, 2013.

Patrick Tshibuyi wa Tshibuyi, Module de sensibilisation sur la Cour Pénale Internationale, Université Libre des Pays des Grands Lacs, Faculté de droit, Goma, Inédit, 2009.

Philippe Xavier, « Vers une reconnaissance accrue de la place de la victime dans le procès pénal international », *l'actualité de la justice pénale internationale*, 2007.

PNUD, Etude sur la réparation des préjudices subis par les victimes des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, y compris les violences sexuelles, Inédit, 2018.

Pradel J., *Droit pénal comparé*, Dalloz, Paris, 2008.

Redress, Ending torture, Seeking justice for Survivor : Faire avancer la réparation à la CPI : Recommandations, Novembre 2016.

Redress Trust, Ending torture, Seeking justice for Survivor : Ne plus perdre de temps, la mise en œuvre des réparations pour les victimes devant la Cour Pénale Internationale, Janvier 2019.

Règlement de Procédure et de Preuve, New York, 2002.

Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies, A/RES/60/147 du 16 Décembre 2005.

Résolution du Conseil de Sécurité des Nations Unies 827 du 25 mai 1993 créant le Tribunal Pénal International pour l'ex. Yougoslavie.

Résolution du Conseil de Sécurité des Nations Unies 955 le 8 novembre 1994 créant le Tribunal Pénal International pour le Rwanda.

Ripert G., *Le Prix de la douleur*, Paris, Chronique, 1948.

Savatier R., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris, LGDJ, 2000.

Schmitt D., Les fonds internationaux en faveur des victimes de violations de droits de l'homme et du droit international humanitaire, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Sorbonne-Paris I, 2016.

Starck Boris, « Domaine et fondement de la responsabilité sans faute », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1958.

Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale de 1998

Telomono M., « Repenser la téléologie et les modalités de la réparation en droit civil Congolais : De la réparation intégrale du dommage à la réparation adéquate du lien social », *Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa*, Kinshasa, DES, 2014.

Terré F. et *alii*, *Droit civil : Les obligations*, 7ème édition, Paris, Dalloz, 1999.

Thomas Besse, « Les droits des victimes devant la justice pénale internationale : Entre certitudes et doutes », *Sources ouvertes*, Paris, 2013.

Vidal J., *L'arrêt de la Chambre mixte du 27 Février 1970, Le droit à réparation de la concubine et le concept de dommage réparable*, JCP, 1971.

Vidal J., *La réparation du préjudice issu de la perte de chance : Cas de la mort d'un des conjoints*, LGDJ, Paris, 1980.

Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo, ICC-01/04-02/12, ICC-PIDS-CIS-DRC-06-006/15-tFra, <https://www.icc-cpi.int/CasInformationSheets/ChuiFra.pdf> (visité le 29/05/ 2020).

Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, ICC-PIDS-DRC-01-016/17_Fra, <https://www.icc-cpi.int/CasInformationSheets/LubangaFra.pdf> (visité, le 29/05/2020).

Le Procureur c. Germain Katanga, ICC-01/04-01/07, ICC-014/18_Fra, <https://www.icc-cpi.int/CasInformationSheets/KatangaFra.pdf> (visité le 29/05/2020).

Le Procureur c. Jean Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, ICC-PIDS-CAR-01-020/18_Fra, <https://www.icc-cpi.int/CasInformationSheets/BembaFra.pdf> (visité le 29/05/2020).

Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC-01/12-01/15, ICC-PIDS-CIS-MAL-01-08/16_Fra, <https://www.icc-cpi.int/mali/al-mahdi?ln=fr>, (visité le 29/05/2020).

Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang, ICC-01/09-01/11, ICC-PIDS-CIS-KEN-01-12/14_Fra, <https://www.icc-cpi.int/CasInformationSheets/RutoSangFra.pdf> (visité le 29/05/2020).

Le Procureur c. Thomas Lubanga, Chambre de Première Instance I, Décision Fixant les principes et procédures applicables en matière de réparations, ICC-01/04-01/06 du 7 août 2012, ICC-01/04-01/06-2904-tFRA, le 19 février 2013.

Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Chambre d'appel, Ordonnance de réparation modifiée, du 3 mars 2015, ICC-01/04-01/06-3129-AnxA-tFRA, le 1er août 2016.

Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Chambre de Première Instance II, Rectificatif de la « Décision fixant le montant des réparations auxquelles Thomas Lubanga Dyilo est tenu », version publique expurgée, ICC-01/04-01/06 du 21 décembre 2017, ICC-01/04-01/06-3379-Red-Corr du 21 décembre 2017.

Le Procureur c. Germain Katanga, Chambre de Première Instance II, Ordonnance de réparation, ICC-01/04-01/07-3728 du 24 mars 2017 ;

Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Ordonnance de réparation, ICC-01/12-01/15-236-tFRA du 17 août 2017, VII, PP. 66/67.

Motoo Noguchi M., Rapport à l'Assemblée des Etats parties sur les activités et les projets du conseil de direction du Fonds d'affectation spéciale au profit des victimes pour la période du 1er juillet 2012 au 30 Juin 2013, Paragraphes 39 et 46, https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP15/ICC-ASP-15-14-FRA.pdf

Le Conseil de direction du Fonds au profit des victimes affirme que la justice réparatrice prévue par le Statut de Rome revêt une importance incontestable pour les victimes, Déclaration du 14 Septembre 2018, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180914-stat-tfv&ln=fr>, (visité le 5 mai 2020).

Joachim Unegi, Directeur de la Radio Colombe de Mahagi (180 km au nord de Bunia, à la frontière avec l'Ouganda), Les victimes des crimes craignent pour l'effectivité de la réparation suite à la libération de Thomas Lubanga, 25 mars 2020, <https://french.lubangatrial.org/2020/03/25/les-victimes-des-crimes-craignent-pour-leffectivite-de-la-reparation-suite-a-la-liberation-de-thomas-lubanga/>

Recebido/Received: 21.06.2020.

Aprovado/Approved: 08.08.2020.

A PROTEÇÃO DE DADOS E A DEFESA DO CONSUMIDOR: AUTONOMIA PRIVADA FRENTE À PRIVACIDADE

DATA PROTECTION AND CONSUMER PROTECTION:
PRIVATE AUTONOMY IN FRONT OF PRIVACY

PEDRO ANDRADE GUIMARÃES FILHO¹

ARIÊ SCHERREIER FERNEDA²

MIRIAM OLIVIA KNOPIK FERRAZ³

RESUMO

Em meio aos avanços da Internet a avistamos repaginando relações e abrindo novas perspectivas comerciais. Neste contexto, a defesa do consumidor, que remonta às bases constitucionais de 88, cristalizadas pelo Código de Defesa do Consumidor, se vê desafiada a contemplar novos modelos de negócios desenvolvidos dentro da internet, sobretudo dentro da temática da Proteção de Dados. Neste passo serão analisadas duas legislações específicas sobre matéria Digital: inicialmente o Marco Civil da Internet e, após, a Lei Geral de Proteção de Dados, com o intuito de trazer conceitos chaves para identificar elementos consumeristas dentro destes dispositivos, bem como compreender de que modo ambos os diplomas legais operam para garantir a proteção do consumidor na temática da proteção de dados, considerando principalmente a autonomia privada dos usuários. Para tanto, a pesquisa foi desenvolvida por meio do método dedutivo e exploratório, lastreado na revisão bibliográfica e análise comparada de legislações. Pretendeu-se demonstrar, por fim, a importância da autonomia privada em face de eventuais violações de direitos fundamentais, como a privacidade, bem como o abuso no tratamento de dados pessoais.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor. Marco Civil da Internet. Lei Geral de Proteção de Dados.

ABSTRACT

In the midst of advances in the Internet, we can see it reviving relationships and opening new commercial perspectives. In this context, consumer protection, which dates back to the constitutional foundations of 1988, crystallized by the Consumer Protection Code, is challenged to contemplate new business models

- 1 Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: pedro_a_guimaraes@hotmail.com
- 2 Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro do Grupo de Estudos de Análise Econômica do Direito. Pesquisadora de Iniciação Científica 2019-2020. E-mail: ariefernedaxx@gmail.com.
- 3 Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - Brasil (bolsista PROSUP), Mestre e Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - Brasil. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Editora Adjunta da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Coordenadora Adjunta do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná- Brasil. Professora da Universidade Positivo, UNIFACEAR e FAE (Lae Experience) . Advogada. E-mail: m.okf@hotmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

GUIMARÃES FILHO, Pedro Andrade; FERNEDA, Ariê Scherreier; FERRAZ, Miriam Olivia Knopik. *A proteção de dados e a defesa do consumidor: autonomia privada frente à privacidade*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 2, p. 38-52, Maio/Ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i2.7749>.

developed within the internet, especially within the theme of Data Protection. In this step, two specific legislation on Digital Matters will be analyzed: initially the Civil Framework of the Internet and, later, the General Data Protection Law, in order to bring key concepts to identify consumer elements within these devices, as well as to understand how both legal acts operate to guarantee consumer protection in the area of data protection, considering mainly the users' private autonomy. For this, the research was developed through the deductive and exploratory method, supported by the bibliographic review and comparative analysis of legislation. Finally, it was intended to demonstrate the importance of private autonomy in the face of possible violations of fundamental rights, such as privacy, as well as abuse in the processing of personal data.

Keywords: Consumer Protection Code. Civil Framework of the Internet. General Data Protection Law.

1. INTRODUÇÃO

À luz da contemporaneidade, celebrados trinta anos de sua edição, está bastante claro que a Constituição Brasileira de 1988 foi promulgada de modo a se tornar a pedra angular de um Estado de forte caráter social, na medida em que elege a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República Federativa do Brasil.

Nesta toada, inegável a preocupação especial do legislador constituinte em aspectos correlatos ao Direito do Consumidor, sendo objeto de análise específico em mais de um ponto do texto constitucional, com especial atenção ao arrolamento do tema junto ao rol de Direitos Fundamentais elencados junto ao corpo do art. 5º, em seu inc. XXXII (BRASIL, 1988).

Não obstante o reconhecimento material da envergadura e peso desempenhado pela questão consumerista, igualmente manteve-se em mente a necessidade imperativa da edição de uma codificação específica para abordar e contemplar a temática, fato verificável junto ao art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o qual previu um prazo exíguo para a edição de uma legislação específica para contemplar matéria de consumo.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei n. 8.078, foi editado em 1990, concebido em consonância com o viés protetivo e com enfoque humano, tônica emanada pelo texto constitucional (BRASIL, 1990). Ademais, o CDC é introdutório a uma série de conceitos base que norteiam a inteligibilidade específica das relações consumeristas, assinalada a inserção de conceitos claros de fornecedor e consumidor, além de reconhecer a vulnerabilidade deste segundo grupo enquanto princípio geral que permeia toda a sistemática do Direito do Consumidor no Brasil.

Mostra-se, portanto, elemento imperativo para compreender a legislação consumerista a observância de sua incidência em concreto, consubstanciada com uma análise contemporânea da sociedade em que atua, com o escopo de contemplar as alterações de modelos de negócios desempenhados por fornecedores.

Neste passo, novos modelos de negócio surgem de modo contínuo, operando e monetizando novas atividades econômicas, embaladas pelos avanços tecnológicos – e das novas possibilidades de auferir lucro. Disso decorrem relações de consumo disruptivas, quando comparadas ao consumo clássico: para além de venda de um produto, o consumidor se torna o produto.

É o caso observado em toda indústria movida pela mineração de dados, cuja presença é quase onipresente nos ambientes digitais, formatando uma indústria bilionária operacionalizada por meio da abertura da privacidade e a captura dos dados pessoais de usuários – que são, em igual medida, consumidores.

O peso da questão atinente à proteção, gestão e tutela de dados não passou despercebida do legislador, que editou diplomas específicos para abordar a intersecção entre o Direito e a Internet, quais sejam, num primeiro momento, o Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/2014, e, numa segunda oportunidade, a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei n. 13.709/2018 (BRASIL, 2018).

Tendo isso em vista, o artigo foi desenvolvido com base no método dedutivo e exploratório, lastreado na revisão bibliográfica e análise comparada de legislações e subdivide-se em duas partes principais, referentes (i) à aplicação do CDC em ambiente digital e o seu diálogo com o MCI e a LGPD; e (ii) a proteção do consumidor em ambiente digital, considerando a sua autonomia privada.

Como as legislações específicas que abordam a internet, ao exemplo do Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de dados, dialogam com o Código de Defesa do Consumidor? São instrumentos complementares, capazes de garantir a defesa das relações consumeristas em meio digital no que toca, especialmente, à proteção de dados?

2. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM AMBIENTE DIGITAL: MARCO CIVIL DA INTERNET E A PROTEÇÃO DE DADOS

Muito embora seja de conhecimento geral as alterações substantivas que a internet vem promovendo na sociedade brasileira nos últimos anos, com reverberações nos campos sociais, econômicos e políticos, é importante notar que o ambiente digital não se encontra, em absoluto, alijado da competência e da jurisdição brasileira.

Tal compreensão empreende entender a internet sob as lentes jurídicas, sobretudo no que toca as relações humanas entre sujeitos dentro da grande rede de computadores, independente de especificidades ou objetivos desta interação. Da mesma forma que a Constituição da República emana e vincula sujeitos e atos em território brasileiro desde 1988, sua jurisdição atinge a totalidade do ambiente digital compreendido no Brasil.

Deste modo, torna-se completamente possível, ainda que totalmente repreensível, impingir direitos de terceiros no ambiente digital. Nota-se, ainda, que a criminalidade não tardou a florescer dentro da internet, tanto em escala global quanto no Brasil, incluindo práticas abusivas de natureza consumerista.

Trata-se de uma decorrência natural da digitalização das relações, fruto do aumento gradiente do número de pessoas com acesso à grande rede de computadores (CARDON, 2012, p. 22). Insta ressaltar, pois, que a digitalização da sociedade brasileira ocorre em duas mãos: tanto no aumento no número de usuários, frisando-se, por exemplo, que entre os anos

de 2016 para 2017 houve um aumento de 69,3% para 74,9% de pessoas com acesso à internet (BRASIL, 2017, p. 5); assim como aumento da relevância, da presença e do volume de transações que ocorrem na rede, também chamadas de *e-commerce*, o qual designa a compra ou venda de bens ou serviços, a qual é "conduzida por meio de redes de computadores e métodos especificamente concebidos para a recepção ou efetuação de pedidos." (OECD, 2011, p. 72)

A respeito da figura do consumidor em meio digital, é possível constatar que este já se encontra digitalizado, ou seja, ainda que não realize a transação através da internet, "isso não quer dizer que a forma de coletar informações sobre bens e serviços já não ocorra de modo maciço pela web". Isto é, com o advento do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, observa-se o amadurecimento das relações de consumo e do próprio consumidor (PINHEIRO, 2018, p. 157).

Muito embora a Constituição da República, o Código de Defesa do Consumidor e a legislação dispersa tenham aplicação em ambiente digital, a realidade cotidiana e a dificuldade de aplicação da legislação clássica conduziu o legislador ao debate acerca de uma carta legislativa específica para contemplar questões atinentes ao ambiente digital, sob todos os seus ângulos: trata-se do Marco Civil da Internet (MCI), Lei 12.965/2014.

Por ser originado em razão da necessidade de atualizar o composto legal brasileiro no tocante às questões relacionadas com a internet, com frequência o MCI é considerado como a "Constituição da Internet Brasileira", por trazer uma longa lista de definições de ordem técnica bidimensional, jurídica-computacional, além de apresentar toda a gama de princípios que regulam as atividades digitais no Brasil.

Nota-se ainda que, pelo fato do MCI ser a primeira legislação de cunho específico de regulação da internet, e corroborando com sua faceta "constitucional" sobre a temática, seu corpo de artigos não se digna a detalhar especificidades sobre tais matérias, mas preocupa-se, especialmente, em traçar fundamentos gerais que deram ensejo à construção jurídica subsequente.

Assim, o art. 2º do referido diploma apresenta a base de fundamentos que disciplinam a internet no Brasil. Em seu inc. V, por sua vez, faz menção explícita à defesa do consumidor, ao disciplinar que o uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito, inclusive, à livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor.⁴

Em sequência, o art. 3º elenca a base de princípios que esteiam e disciplinam o uso da internet no Brasil, destacando-se o seu potencial diálogo com atividades econômicas desempenhadas por fornecedores no ambiente digital, garantindo sua operação, mas delimitando a responsabilidade.⁵

Percebe-se, portanto, a partir da análise da aludida legislação, que os elementos voltados ao Direito do Consumidor não passaram à revelia do legislador quando da edição do Marco Civil da Internet, em três pontos fundamentais: (i) reconhece-se como fundamento a defesa do consumidor em ambiente digital; (ii) reconhece-se a responsabilidade e a res-

4 Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: [...] V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor (BRASIL, 2014).

5 Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: [...] VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; [...] VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei (BRASIL, 2014).

ponsabilização dos agentes, fato que, combinado com uma leitura consumerista, indica a incidência de responsabilidade civil objetiva e solidária de fornecedores na internet; e (iii) condiciona modelos de negócios na internet à observância dos princípios da Lei.

Neste íterim, cabe pontuar o diálogo existente entre o CDC e o MCI, na busca de uma eficiência funcional do ordenamento jurídico a partir de uma normatividade constitucional, na medida em que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor, nos termos do art. 5º, XXXII, da Constituição da República. Ademais, pontua-se que o âmbito de aplicação das regras do CDC abrange, inclusive, as transações realizadas na internet.

Tendo isso em vista, ao se tratar de processamento de dados pessoais de consumidores na internet aplicam-se o CDC e o MCI, considerando que o dever de proteção deve envolver várias dimensões, conforme destaca Laura Mendes (2016):

dever de interpretação conforme a Constituição, de modo a se levar em conta a vulnerabilidade do consumidor e a sua necessidade de proteção; dever de atuação administrativa para a proteção do consumidor; dever de desenvolvimento de uma arquitetura regulatória para a efetividade dessa proteção.

Nesse sentido, tal análise se torna palpável ao trazer à luz questões envolvendo proteção de dados pessoais, com elementos atinentes aos direitos de personalidade, sobretudo nas espécies intimidade e privacidade, cuja garantia remonta à matriz constitucional. Assim, considerando que a intimidade e a privacidade foram postas, de modo claro e imediato, em rota de colisão com as práticas de tratamento de dados, o legislador chancelou sua defesa no Marco Civil (KRETSCHMANN; WENDT, 2018, p. 22).

Ademais, é notável a atenção despendida no Marco Civil para o tópico de Proteção de Dados, a qual não foi estrita, mas sistemática, a tratando em diversos momentos, além de ter toda a secção II direcionada ao contemplo da temática.⁶ Destaca-se, por oportuno, a especial relevância da tratativa dada pelo art. 7º do MCI, o qual dispõe sobre os direitos do usuário e estabelece que o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania.⁷

Outrossim, o rol de direitos do usuário de internet possui uma relação íntima com aspectos do Direito do Consumidor, sendo possível identificar convergência de direitos digitais e consumerista, principalmente junto ao inc. VIII do aludido dispositivo, com uma clara remissão ao Direito de Informação, consagrado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Por sua vez, o art. 43 do CDC já expressava a preocupação acerca da proteção de dados pessoais, ao dispor que o consumidor deve ter acesso às "informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes" (BRASIL, 1990).

6 Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas.

7 Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: [...] VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei; VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet; IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes. Essalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei.

Nada obstante, a introdução de um debate de natureza jurídica positivada entre o universo jurídico e a internet se deu por meio do advento da Lei n. 12.965/14, a qual trouxe princípios e fundamentos para disciplinar a temática. Entretanto, tópicos específicos, como a Proteção de Dados, foram abordados em linhas gerais, delegando sua regulamentação à edição de Lei Específica, nos termos do art. 3, inc. III, do MCI.

Ademais, o MCI, por não se tratar de uma de uma lei geral de proteção de dados, não abrange questões como transferência internacional de dados, vazamento de dados, dados anonimizados, dentre outros tópicos (VIOLA; ITAGIBA, 2017, p. 19). Assim, somente em 2018 foi editada a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei 13.709/2018, com o intuito de dar continuidade para as questões introduzidas pelo MCI, trazendo para o ponto focal a regulamentação das práticas de captura, armazenamento, guarda e tratamento efetivo de dados.

Vislumbra-se, ainda, que a edição da LGPD cumpriu os requisitos apontados pela Organização das Nações Unidas, junto à *United Nations Guidelines for Consumer Protection* (2016), no sentido de que se recomenda que as “empresas devem proteger a privacidade dos consumidores por meio de uma combinação do controle apropriado, segurança, transparência e mecanismos de consentimento relacionados à coleta e ao tratamento de dados pessoais”. Referida lei, portanto, representou um fortalecimento dos direitos individuais e coletivos dispostos no CDC.

Desse modo, em relação à proteção do consumidor, a LGPD a retoma enquanto fundamento, nos mesmos termos adotados pelo MCI. Seus efeitos e implicações assumem contornos mais práticos, na medida em que se trata de uma legislação temática, regulando uma especificidade de uso – e de exploração econômica – da internet, que reforça ainda mais os traços protetivos do usuário do ambiente digital enquanto consumidor. Isso porque “um serviço pode ser oferecido gratuitamente ao consumidor e, ainda assim, ser considerado remunerado, tendo em vista que obtém ganhos indiretos” por meio de publicidade e da comercialização dos dados de navegação do usuário (MENDES, 2016).

Não obstante essa preocupação com a proteção do consumidor, a LGPD estabeleceu junto ao art. 18 que o titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição o acesso aos seus dados; anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, entre outras hipóteses previstas no dispositivo.

Além disso, o legislador garantiu ao titular dos dados pessoais o direito de peticionar em relação aos seus dados contra o controlador perante a autoridade nacional, bem como o direito de se opor ao tratamento realizado com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de consentimento, conforme preceitua os §§1º e 2º do art. 18 da LGPD.

Por outro lado, mostra-se rigorosamente importante adentrar em um debate ainda mais seminal, qual seja a identificação das figuras centrais das relações consumeristas – consumidor e fornecedor – em especial o segundo, dentro desta nova engenharia de consumo, com o objetivo de entender de modo preciso e específico quais são os elementos negociais e bens jurídicos ora pertinentes ao presente debate.

Nesse sentido, é possível vislumbrar que os avanços projetados pela internet impulsionaram um processo legiferante imbuído da tarefa de fornecer diplomas legais capazes de contemplar e assegurar garantias constitucionais em meio digital. Decorre deste empreen-

dimento tanto o MCI quanto a LGPD, sendo a primeira introdutória e geral, e a segunda de caráter específico, com objeto claro e estrito. Em que pesem as diferenças, ambas trazem a defesa do consumidor como fundamento.

Neste meandro é assertivo voltar novamente atenção para o Código de Defesa do Consumidor, de modo a compreender o conceito nuclear de fornecedor, bem como seu enquadramento, para, num segundo momento, contrapor estas ideias com conceitos similares da legislação digital.

Posto isto, o CDC conceitua a figura do fornecedor como sendo toda pessoa física ou jurídica que desenvolve atividade de produção, construção, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços, nos termos do art. 3º da referida legislação.⁸ Essa conceituação está fundada em alguns predicados básicos, como o fornecimento profissional de produto ou serviço dentro de um mercado de consumo, mediante uma contraprestação de valor ou elemento economicamente valorável.

Para transportar o conceito para o ambiente digital e formatá-lo para a realidade da proteção de dados, é preciso, em primeiro passo, retomar a análise legal do MCI, uma vez que conceitos chaves da atividade profissional em ambiente digital estão descritos em seu texto.

Assim, tem-se, de acordo com a Lei 12.965/14, duas formas de Provedores de Serviço, os quais, potencialmente, podem desempenhar a função de fornecedor, nos moldes dispostos pelo CDC. São eles: (i) Provedor de Conexão, considerando-se conexão, nos termos da lei, "a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP"; (ii) Provedor de Aplicação, considerando-se aplicação, ou, como determina o texto legal, "o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet".

Decantando tais conceitos, evidencia-se que o provedor de conexão será desempenhado por um administrador de sistema autônomo, ou, nos termos do art. 5º, IV, do MCI por uma "pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País". Trata-se, assim, de empresas, habitualmente de telefonia, que fornecem o acesso à internet.

A relevância para o presente estudo, contudo, reside no escopo do Provedor de Aplicação, categoria bastante agregadora, que abarca inúmeras atividades – econômicas ou não – que possuem impacto direto na questão da proteção de dados.

No art. 15 do MCI, por sua vez, é possível identificar um recorte que o legislador faz sobre os provedores de aplicação para enquadramento na forma de fornecedor proposta pelo CDC, na medida em que estabelece que aquele é constituído na forma de pessoa jurídica e que exerce essa atividade de forma organizada, de modo profissional e com fins econômicos. Para tanto, deve "manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob

8 Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 06 (seis) meses, nos termos do regulamento” (BRASIL, 2014).⁹

Interessante notar como os pressupostos de caracterização de fornecedor são citados explicitamente, como o desempenho de atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos, para imputar uma responsabilidade específica de guarda de registros e acessos, fato que pode levar a crer que, embora não seja citado ou referenciado o CDC, trata-se, com exatidão, da figura de fornecedor, ora transposta para a área digital.

3. A AUTONOMIA PRIVADA DO CONSUMIDOR E O USO DE DADOS

Diante da relação notória entre o CDC e a legislação que se refere à proteção de dados – MCI e LGPD – é válido levantar alguns pontos relevantes para compreender, em linhas gerais e com intuito exemplificativo, qual a natureza profissional e organizada das atividades a que o art. 15 do MCI faz referência, sobretudo aquelas que trabalham diretamente com mineração de dados.

Nada obstante, insta salientar que em relação à mineração de dados, tem-se que se trata de uma “busca de informações valiosas em grandes bancos de dados” (WEISS; Indurkha, 1998). Ou seja, não basta possuir as informações, é necessário transformá-las em conhecimento.

Assim, destacam-se algumas das atividades em que a mineração de dados é aplicada de forma satisfatória: (i) cartões de crédito, com o intuito de identificar padrões de rotatividade e segmentos de mercado; (ii) telemarketing, permitindo o acesso facilitado aos dados do cliente; (iii) identificação de padrões de consumo e perfis de consumidores, a partir da qual é possível selecionar e direcionar o envio de propagandas promocionais, entre outros fatores (CAMILO; SILVA, 2009, p. 2).

Ademais, pontua-se que:

Um exemplo da aplicação das técnicas de Mineração de Dados foi declarado na notícia “O potencial do Whatsapp para o uso em mineração de dados: Mineração de dados é o processo de explorar grandes quantidades de dados à procura de padrões consistentes.” Tal Notícia explica que a Target, a segunda maior rede varejista dos EUA, estava utilizando o processo de mineração de dados para entender os hábitos de compras de seus clientes e, ainda, que Facebook “sabe quando você vai namorar” cruzando dados sobre as interações dos usuários na rede social. Mostra ainda que existe um potencial enorme a ser explorado por técnicas que “vasculham” os dados de texto, tais como os utilizados no Whatsapp ou em VoIP (BOFF; FORTES; FREITAS, 2018, p. 193).

9 Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

Igualmente, outro exemplo de instrumento capaz de explorar dados é o uso de *cookies*, os quais são “marcadores digitais, inseridos nos discos rígidos do computador do usuário de Internet pelos *websites* visitados, que permitem a identificação e o armazenamento da navegação do internauta” (MENDES, 2016).¹⁰

Trata-se de um exemplo de como os avanços tecnológicos dos últimos cinquenta anos vêm permitindo uma recomposição dos grandes atores econômicos no mercado global. No curso dos anos a indústria de tecnologia computacional se tornou extremamente lucrativa, fato sustentado por números demonstrados por pesquisa realizada pela BrandZTM¹¹.

Percebe-se que grande parte das marcas mantém a mineração de dados dentro do seu portfólio de atividades. O Google e o Facebook, por sua vez, possuem em seu motor de anúncios sua maior fonte de receita (LUCIAN; DORNELAS, 2018, p. 195) – serviço que só é possível por meio do Tratamento de Dados. Isso porque, quando se usa os serviços oferecidos pelo Google, por exemplo, o usuário adere à coleta de dados, os quais são utilizados para oferecer serviços de forma mais eficiente, mantê-los e melhorá-los, desenvolver novos serviços, fornecer serviços personalizados, incluindo anúncios e conteúdos, entre outras funções (GOOGLE, s.d.). Por sua vez, o Facebook utiliza dos dados pessoais de seus usuários para determinar quais anúncios ou produtos deve expor, em troca da gratuidade do uso do aplicativo (FACEBOOK, s.d.).

Ademais, quanto ao tratamento de dados como motor econômico destaca-se que a posição que o “tratamento de informações pessoais possui em seus produtos [...], corrobora a importância fundamental dos dados pessoais no fundamento de seu modelo de negócios” (DONEDA, 2010, p. 10).

Fato é que o tratamento de dados constitui um negócio sobremaneira lucrativo para os seus agentes. A amplitude representada pela questão da exploração econômica de dados pessoais ganhou um episódio fundamental quando a Cambridge Analytica, empresa britânica especializada em tratamento de dados para comunicação estratégica em campanhas eleitorais, foi acusada, e mais tarde se declarando culpada, de acessar indevidamente os dados de 87 milhões de usuários do Facebook durante a campanha presidencial norte-americana, em favor do então presidenciável Donald Trump (PRESSE, 2019).

Tal acontecimento fez avivar o debate da Proteção e Segurança de Dados em escala global, impulsionando em grande medida a aprovação da *Global Data General Protection Regulation*¹² (GDPR) no contexto europeu, a qual entrou em vigor em 25 de maio de 2018 naquele continente. Inegável a influência da edição da GDPR sobre o contexto internacional, causando uma intensa movimentação de empresas e Estados, fato que igualmente se observa sobre o Brasil, com a edição da LGPD (Lei n. 13.709/2018).

Apesar da forte influência material e formal da GDPR, a LGPD tem um ponto de sustentação bastante nacional, na medida em que reproduz em literalidade a disposição de defesa do consumidor pontuada pelo Marco Civil.

10 Destaca-se que sempre que o *cookie* visar outras funções além da transmissão de comunicações na Internet ou for estritamente necessário para a realização de um serviço online solicitado pelo consumidor, será necessária a obtenção do consentimento prévio do consumidor. (MENDES, 2016)

11 O ranking das Marcas Globais mais valiosas aponta a seguinte classificação com valor em bilhões: Amazon – 315.505; Apple – 309.527; Google – 309.000; Microsoft – 251.244; Visa – 177.918; Facebook – 158.968 (WANG, 2019).

12 Lei Geral de Proteção de Dados. Tradução Livre.

Para a consecução deste modelo protetivo, a LGPD assume como tarefa central abarcar a complexidade das questões correlatas aos dados, seguindo, para isso, a mesma base estrutural do Marco Civil, explanando definições jurídicas para elementos e aspectos técnicos, além de demonstrar tendência de embasamento geral, ao desenhar novos princípios a serem observados e respeitados nas práticas incidentes no tratamento de dados.

Assinaladas tais constatações, é importante notar que a LGPD compreende a questão da tutela de dados de modo bastante abrangente e expansivo, compreendendo não somente os dados em meio digital; decorre disso o reconhecimento da existência de diversas formas de agentes de tratamento, nos termos do art. 3º.¹³

Em que pese esta leitura aberta, é sobremaneira importante observar o disposto no art. 4º, com especial ênfase ao seu inc. I, o qual dispõe que a LGPD não se aplica ao tratamento de dados pessoais quando realizados por “pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos” (BRASIL, 2018).

A importância da leitura de ambos os artigos de modo conjugado é determinante para a compreensão da LGPD enquanto diploma regulador, cujo recorte enfoca especialmente a exploração econômica do tratamento de dados, enquanto meio ou fim para o oferecimento de bens ou serviços, o que remete a um enquadramento explícito do conteúdo da Lei no bojo consumerista.

Sobre a aplicação da Lei na observância de fins econômicos, se assevera:

A delimitação da aplicabilidade da Lei em relação aos tipos de dados que são considerados regulados pela LGPD demonstra que o tratamento de dados pessoais deve seguir um propósito certo e funcional, mas que não supere a liberdade de informação e expressão, a soberania, segurança e a defesa do Estado. Da mesma forma, o uso doméstico com fins não econômicos não recebe a aplicação da lei, tendo em vista que um dos focos de ação do dispositivo é regular atividades cujo objetivo seja a oferta de bens ou serviços (PINHEIRO, 2019, p. 57).

Assim, a partir da edição da GDPR europeia e LGPD brasileira, dando especial atenção para conjecturar medidas protetivas aos usuários, é notável que estes acabam por se tornar, pela natureza econômica da atividade de tratamento de dados, consumidores.

Resta, então, abordar a figura do consumidor em meio digital em matéria da proteção de dados. Evidentemente, embora sua tratativa no texto da Lei não se dê nominalmente, deve-se extrair a condição de consumidor através de uma leitura sistemática da LGPD, mantendo-a alinhada ao Código de Defesa do Consumidor.

A constituição da figura do consumidor toma forma a partir de uma leitura análoga do art. 5º da LGPD, em que se encontram as definições utilizadas no diploma. Sendo assim, nos termos do inc. V do aludido artigo, tem-se que o titular é a “pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento” (BRASIL, 2018).

Ademais, entre os muitos diálogos que são empreendidos por meio de debate originado da intersecção entre o Direito do Consumidor, sustentado pela Lei 8078/90, e os elementos

13 Art. 3º Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que: [...] II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional;

gerais que norteiam a proteção de dados, um ponto ganha especial contorno refere-se ao tópico acerca de como se origina o vínculo entre o usuário consumidor e fornecedor em ambiente digital.

Evidentemente que a questão em muito se estende neste meandro, passando em primeira mão pela questão da vulnerabilidade do consumidor em todas as relações de consumo, um dos postulados mais caros à matéria consumerista, operante como pedra angular que sustenta todo o espectro protetivo que emana de tal diploma.

Igualmente, notável que a questão também abarca elementos relativos aos direitos de personalidade, matéria primal de qualquer debate que se digne a abordar questões atinentes aos dados pessoais na internet, sua extensão e possibilidade de disponibilidade, tópico que remete do Direito Constitucional à seara Civil de natureza contratual.

Neste íterim, será dada atenção específica ao viés protetivo do dever de informação, sustentáculos da boa fé em meio às relações de consumo, o qual é importado de modo bastante pungente pela LGPD. Nada obstante, o CDC, em seu art. 6º, inc. III prevê que é direito básico do consumidor "a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem" (BRASIL, 1990).

Constata-se, pois, que é obrigação do fornecedor apresentar todas as informações referentes aos produtos e serviços de modo claro ao consumidor, reconhecida sua condição intrínseca de vulnerável, de modo que permita a formação de seu juízo de escolha, qualificando-a. Entretanto, as determinações do referido dispositivo podem ser potencialmente incompletas para abarcar um novo tipo de relação entre consumidor e fornecedor em meio digital.

Frisa-se que tal relação se dá por meio de um contrato digital, firmado à distância, com uso de dispositivos eletrônicos (PINHEIRO, 2018, p. 408). De tal sorte, se está diante de um contrato que, em razão de seu objeto, aborda questões eminentemente técnicas, como linguagem específica de tecnologia e afins, fato que pode dificultar a inteligibilidade do consumidor ao exercer um ato de contratação, o qual pode, ainda, negociar seus dados pessoais neste tipo de empreendimento.

Ademais, esta modalidade de contratação por via digital dificilmente permite qualquer forma de debate com o fornecedor. São, destarte, contratos de adesão em sua essência e forma, de modo a vulnerabilizar ainda mais o usuário consumidor, o qual possui apenas a opção de aceitar ou não os termos contratuais (DI LORIO; GIACCAGLIA, 2018, p. 222).

Tal questão despontou como um dos elementos principais de análise por parte do legislador quando editou a LGPD, sopesando, em grande medida, o caráter consumerista das relações, de modo a compor uma legislação com capacidade de preencher a possível lacuna deixada pela abordagem geral do CDC.

Inicialmente, a questão se ilustra no corpo do art. 6º, inc. I e IV, respectivamente, na medida em que prevê que as atividades de tratamento de dados pessoais devem observar a boa-fé e princípios, tais como a finalidade (tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades) e transparência (garantia, aos titulares, de informações

claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial).

Não obstante colocar de modo ostensivo a imperatividade de trabalhar com informações claras acerca do modo de tratamento, o legislador dispendeu especial atenção à exigência de clareza nos atos contratuais, em que o usuário consumidor manifesta sua vontade, em evidente intuito de qualificar seu poder de escolha¹⁴.

Percebe-se, portanto, que a LGPD avaliou com especial atenção a possibilidade real dos fornecedores que operam o setor de mineração de dados agirem com potencial ausência de boa fé e incorrendo em vício de informação ao determinar regras expressas para afastar tal possibilidade. Isso resta claro junto ao art. 44 da lei, ao dispor que o tratamento de dados pessoais é irregular quando deixa de observar a legislação ou quando não fornece a segurança que o titular dele pode esperar (BRASIL, 2018).

Com efeito, diante de eventual dano causado pelo controlador ou operador de dados pessoais, a aludida lei estabelece em seu art. 42 a obrigação de repará-lo, seja ele patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais. Ainda, a preocupação do legislador estendeu-se no art. 45, o qual prevê que em caso de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo, aplicam-se as regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente, isso porque as informações possuem valor econômico (BRASIL, 2019).

Igualmente, destaca-se que, embora a LGPD tenha previsto que em regra a responsabilidade do controlador e do operador não seja solidária, o art. 45 garantiu a aplicação da responsabilidade objetiva e solidária do CDC para o caso de relações de consumo, como em caso de vícios ou defeitos de um produto, por exemplo (CÂMARA BRASILEIRA DE COMÉRCIO ELETRÔNICO, 2019, p. 3).

A partir do panorama posto, mostra-se cabível crer que a incidência do Direito do Consumidor sobre questões correlatas à proteção de dados é massiva e extremamente presente, ainda que as menções diretas sejam rarefeitas nas legislações específicas, sendo que a proteção do consumidor está umbilicalmente atida e consubstanciada à edição da LGPD.

Ademais, aborda-se a compreensão da autonomia privada que é compreendida como o poder do indivíduo de estabelecer regras jurídicas para o seu próprio comportamento (AMARAL NETO, 1988, p. 10), a autorregulação de si. Ainda de acordo com Francisco dos Santos Amaral Neto (2003, p. 348), "a autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica".

Com efeito, deve haver estímulo à "adoção de padrões para serviços e produtos que facilitem o exercício de controle dos titulares sobre seus dados pessoais, considerando as

14 Nesse sentido, o art. 9 da LGPD dispõe que: O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso: I - finalidade específica do tratamento; II - forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial; III - identificação do controlador; IV - informações de contato do controlador; V - informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade; VI - responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e VII - direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei. § 1º Na hipótese em que o consentimento é requerido, esse será considerado nulo caso as informações fornecidas ao titular tenham conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca.

especificidades das atividades e o porte dos responsáveis" (SILVA, 2019, p. 98). Ou seja, ações que garantam o exercício da autonomia privada pelos usuários consumidores.

Nesse sentido, quando o tratamento dos dados for realizado em descumprimento com a legislação, as atividades fiscalizatórias e sancionadoras da Autoridade Nacional de Proteção de Dados poderão ser acionadas, nos termos do art. 18 da LGPD. Do mesmo modo, com o objetivo de qualificar a tomada de decisão e promover efetivamente a autonomia da vontade dos usuários à autoridade nacional incumbe disseminar o conhecimento sobre a proteção de dados pessoais e da privacidade à população, conforme art. 58-B, V, da LGPD.

Por sua vez, com as grandes mudanças sociais, Doneda afirma o surgimento de uma segunda geração de leis, no sentido de que o fornecimento de dados pessoais tornou-se um requisito para "sua efetiva participação na vida social", ou seja, a terceira geração das leis passa a proteger não somente o fornecimento dos consumidores, mas além: "[...] que envolve a própria participação do indivíduo na sociedade e leva em consideração o contexto no qual lhe é solicitado que revele seus dados" (DONEDA, 2010, p.42). Dessa forma, meios de proteção devem ser no sentido de compreender a complexidade do fornecimento e captação de dados e desenvolver proteções efetivas.

Conforme apontado, quando se compreende o tratamento dos dados dessa forma, ao consumidor é garantida a permissão ou não do uso, mas também a informação e barragem dos usos e finalidades do armazenamento dos seus dados. Dessa forma, a autonomia privada retoma a sua posição de importância, ao permitir que o consumidor tenha pleno conhecimento de como seus dados serão e estão sendo utilizado, o que necessariamente deve estar acompanhado de um livre esclarecimento.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cada dia a tecnologia digital avança sobre a sociedade contemporânea, inundando as relações humanas e alterando seus paradigmas clássicos; neste ponto se encontra o Direito, desafiado cotidianamente a se atualizar em face dos novos desafios que reverberam deste novo e complexo universo.

Um dos elementos jurídicos que vem sendo afetados de modo mais profundo e pungente é o Direito do Consumidor, o qual gradativamente deve se reinventar para continuar desempenhando o papel protetivo ao Consumidor, sempre vulnerável, de modo a não desguarnecê-lo em face de possíveis novos abusos.

Tal quadro encontrou um ponto de inflexão crítico face à Proteção de Dados Pessoais, na medida em que, para além dos produtos e serviços digitais ofertados, o consumidor – e seus dados pessoais – se tornaram o produto maior. O Código de Defesa do Consumidor fora levado ao seu extremo interpretativo, sendo necessária a edição de legislações específicas sobre o ambiente digital brasileiro.

Nesse sentido, no primeiro tópico abordou-se o diálogo das fontes com o intuito de garantir uma eficiência funcional do ordenamento jurídico a partir de uma normatividade constitucional de defesa do consumidor. Para tanto, fez-se uma análise conjunta dos dispo-

sitivos do CDC, do Marco Civil da Internet, bem como da Lei Geral de Proteção de Dados no que tange à proteção do consumidor.

Ademais, pontuou-se que por meio do Marco Civil da Internet e, em segunda mão, com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados, a defesa do consumidor em meio digital passou a encontrar novos pontos de apoios, com inovações legislativas que permitiram oxigenar materialmente a questão, de modo auxiliar ao Código de Defesa do Consumidor.

Nada obstante, destacou-se a necessidade e importância da autonomia para o controle de dados pessoais dos usuários consumidores, com o objetivo de evitar o abuso de seu uso e a violação da privacidade por parte do controlador, o qual pode ser responsabilizado objetiva e solidariamente diante do princípio da vulnerabilidade que norteia as relações de consumo.

REFERÊNCIAS

- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. Perspectivas Estrutural e Funcional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, Ano 12, n. 46, p. 07-26, out/dez 1988.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 jun. 2020.
- BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Lei n. 8078/1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 06 jun. 2020.
- BRASIL. *Marco Civil da Internet*. Lei n. 12.965/2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 06 jun. 2020.
- BRASIL. *Lei Geral de Proteção de Dados*. Lei n. 13.709/2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 06 jun. 2020.
- BRASIL. *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística*. PNAD Contínua. Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal. 2017. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101631_informativo.pdf. Acesso em: 01 mar. 2020.
- BOFF, Salete Oro. FORTES, Vinícius Borges. FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra Freitas. *Proteção de Dados e Privacidade: do Direito às novas tecnologias na Sociedade da Informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- CÂMARA BRASILEIRA DE COMÉRCIO EXTERIOR. *Cartilha LGPD*. 2019. Disponível em: https://www.camara-e.net/custom/298/uploads/Cartilha_LGPD.pdf. Acesso em: 30 maio 2020.
- CAMILO, Cássio Oliveira; SILVA, João Carlos da. *Mineração de dados: conceitos, tarefas, métodos e ferramentas*. Instituto de Informática – Universidade Federal de Goiás. Relatório Técnico, 2009. Disponível em: http://www.portal.inf.ufg.br/sites/default/files/uploads/relatorios-tecnicos/RT-INF_001-09.pdf. Acesso em: 19 mar. 2020.
- CARDON, Dominique. *A Democracia Internet*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.
- DI LORIO, Ana Haydée; GIACCAGLIA, María Fernanda. Defesa del Derecho de Intimidad/Privacidade en Facebook. In: DA SILVA, Roseana Leal; OLIVEIRA, Rafael Santos (Orgs). *Direito e novas tecnologias: desafios à proteção de Direitos na Sociedade em Rede*. Curitiba: Íthala, 2017
- DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Org). *Direito Privado e Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.
- FACEBOOK. *Termos de Serviço*. Disponível em: <https://www.facebook.com/terms>. Acesso em: 30 maio 2020.

GIACCHETTA, André Zonaro; MENEGUETTI, Pamela Gabrielle. A Garantia constitucional à inviolabilidade da intimidade e da vida privada como direito dos usuários no Marco Civil da Internet. In: LEITE, Jorge Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs). *Marco Civil da Internet*: 1. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GOOGLE. *Política de Privacidade*. Disponível em: <https://policies.google.com/privacy?hl=pt-BR>. Acesso em: 30 maio 2020.

ITAGIBA, Gabriel; VIOLA, Mario. Privacidade e dados Pessoais. In: BOTTINO, Celina; LEMOS, Ronaldo; SOUZA, Calos Afonso (Orgs). *Marco Civil da Internet: Jurisprudência Comentada*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

KRETSCHMANN, Ângela; WENDT, Emerson. *Tecnologia da informação & Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

LEONARDI, Marcel. *Fundamentos do Direito Digital*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LUCIAN, Rafael; DORNELAS, Jairo. Propaganda no Facebook funciona? Mensuração e elaboração de uma escala de atitude. *Revista Eletrônica de Administração*. Porto Alegre, v. 24, n. 2, p. 189-217, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/read/v24n2/1413-2311-read-24-2-0189.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2020.

MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 106, jul./ago. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCons_n.106.02.PDF. Acesso em: 19 mar. 2020.

OECD. *Organization for Economic Co-Operation and Development*. OECD guide to measuring the information society. 2011. OECD Publishing, 2011.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital Como Paradigma de uma Nova Era. In: LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antônio Carlos. (Orgs). *Os "Novos" Direitos no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 4. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Proteção de dados Pessoais*. Comentários À Lei 13.709/2018 (LGPD). 1. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019.

PRESSE, France. Cambridge Analytica se declara culpada em caso de uso de dados do Facebook. *G1*. 09/01/2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/01/09/cambridge-analytica-se-declara-culpada-por-uso-de-dados-do-facebook.ghtml>. Acesso em: 19 mar. 2020.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Tratamento de Dados Pessoais dos consumidores: uma análise crítica acerca dos direitos previstos na Lei n. 13.709/2018 e da responsabilização dos agentes pela Autoridade Nacional. *Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo*, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 82-104, jan/jun. 2019.

UNITED NATIONS. *United Nations Guidelines for Consumer Protection*. Geneva, 2016. Disponível em: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_en.pdf. Acesso em: 30 maio 2020.

WANG, Doreen. Amazon é a marca mais valiosa do mundo em 2019. *Kantar Brasil Insights*. 11/06/2019. Disponível em: <https://br.kantar.com/m%C3%ADdia/marcas-e-propaganda/2019/amazon-%C3%A9-a-marca-global-mais-valiosa-de-2019/>. Acesso em: 19 mar. 2020.

WEISS, Sholom M.; Indurkha, Nitin. *Predictive Data Mining: A Practical Guide*. Morgan Kaufmann, 1998.

Recebido/Received: 19.03.2020.

Aprovado/Approved: 26.07.2020.

OMBUDSMAN OU OUVIDOR: DEFENSOR DOS DIREITOS DA POPULAÇÃO NA FISCALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

OMBUDSMAN:
ADVOCATE OF PEOPLE RIGHTS IN THE INSPECTION
OF PUBLIC ADMINISTRATION

JOSÉ ANTÔNIO REMÉDIO¹
TAMIRES GOMES DA SILVA CASTIGLIONI²

RESUMO

A pesquisa tem por objeto analisar o instituto do Ombudsman ou Ouvidor como defensor dos direitos da população na fiscalização da Administração Pública e guardião da legalidade contra a improbidade e os abusos de poder no exercício da atividade administrativa. Com a Constituição Federal de 1988 o Brasil retomou o caminho tradicional da Democracia e do Estado de Direito. Todavia, apesar do clima democrático instaurado, a Assembleia Nacional Constituinte rejeitou a proposta que instituiria a figura do Ombudsman no País. O método adotado é o hipotético-dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência. Conclui que o Ombudsman ou a Ouvidoria, como órgão externo da Administração Pública, embora não esteja previsto expressamente na Lei Maior, tem a missão de fiscalizar de forma imparcial a Administração Pública, em defesa dos direitos fundamentais, à luz da Constituição Federal e dos princípios e normas que regem o Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Palavras-chave: Administração Pública. Defensor dos Direitos da População. Fiscalização da Administração Pública. Ombudsman. Ouvidoria.

ABSTRACT

The research aims to analyze the Ombudsman institute as an advocate for the rights of the population to supervise the Public Administration and as a guardian of legality against impropriety and abuses of power in the exercise of administrative activity. With the Federal Constitution of 1988, Brazil resumed the traditional way of Democracy and Rule of Law. However, despite the democratic climate established, the National Constituent Assembly rejected the proposal that would establish the figure of the Ombudsman in the country. The method used is the hypothetical-deductive, based on legislation, doctrine and jurisprudence. It is

- 1 Pós-Doutorando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário Adventista de Engenheiro Coelho (UNASP). Promotor de Justiça do Estado de São Paulo Aposentado. Advogado. jaremedio@yahoo.com.br
- 2 Mestranda em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, UNIMEP/SP. Bacharel em Ciências Contábeis pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP). Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP). tami.ja@hotmail.com

Como citar esse artigo/How to cite this article:

REMÉDIO, José Antônio; CASTIGLIONI, Tamires Gomes da Silva. *Ombudsman ou ouvidor: defensor dos direitos da população na fiscalização da administração pública*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 2, p. 53-67, Maio/Ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i2.6985>.

concluded that the Ombudsman, as an external body of the Public Administration, although not expressly provided in the Major Law, has the mission of impartial inspection of Public Administration in defense of fundamental rights, all in light of the Federal Constitution and the principles and norms that govern the Brazilian Democratic State of Law.

Keywords: Public administration. Advocate of people rights. Fiscalization of public administration. Ombudsman.

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito é indissociável do exercício dos direitos individuais e coletivos e, para que haja sua preservação, inclusive no mundo globalizado, é necessário o estabelecimento de mecanismos que concretizem e materializem esses direitos.

Os Estados, na atualidade, "não se limitam a garantir os direitos mínimos aos indivíduos, mas também atuam na promoção de implementação dos direitos fundamentais individuais, sociais e coletivos" (REMÉDIO; FARIA, 2019, p. 723).

Entre os instrumentos existentes à disposição do cidadão, objetivando a proteção e implementação dos direitos fundamentais, destacam-se o Ombudsman e as Ouvidorias, normalmente utilizados no controle das atividades da Administração Pública, embora também possam ser usados em relação às atividades privadas.

O Ombudsman surgiu há quase dois séculos na Suécia, como parte integrante do controle da administração da *res publica*, e ganhou ampla aceitação, sobretudo após a segunda Guerra Mundial, como mecanismo de democracia e fiscalização da Administração Pública.

De acordo com a Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman de São Paulo, há ouvidores em vários países, com nomenclaturas diferentes, mas com atribuições semelhantes, como o provedor da justiça em Portugal, o *defensor del pueblo* nas nações de língua hispânica, o *meditér de la republique* nos países de língua francesa, o *procurador de los derechos humanos* na Guatemala (ABO SÃO PAULO, s.d.).

Ombudsman é uma palavra sueca que significa representante do cidadão, é o mesmo que ouvidor. Nos países escandinavos Ombudsman designa o Ouvidor-Geral, com "função pública criada para canalizar problemas e reclamações da população" (UNIVERSIDADE, s.d.).

O Brasil, com a Constituição Federal de 1988, retomou o caminho da democracia e do Estado de Direito, após longo período de exceção iniciado em 1964. No entanto, apesar do clima democrático instaurado no País, a Assembleia Nacional Constituinte rejeitou a Proposta de Emenda que instituiria expressamente na Constituição Federal a figura do Ombudsman ou Defensor do Povo.

A Constituição de 1988 descentralizou a Ouvidoria, sendo que qualquer Poder Executivo pode, por lei ou decreto, estabelecer a sua Ouvidoria, de forma que o Ouvidor passou a ser representante direto do cidadão, ou seja, é o defensor do cidadão, com identificação do bom ou do mau serviço do órgão público (SÃO PAULO, s.d.).

Para se ter uma ideia de sua dimensão, no Estado de São Paulo, somente considerando-se a área pública, há cerca de 165 ouvidorias, sendo 26 entre as concessionárias de servi-

ços públicos. Ao mesmo tempo, inúmeras empresas privadas perceberam a necessidade de avançarem além dos serviços básicos de atendimento ao consumidor e também passaram a se utilizar da Ouvidoria/Ombudsman (SÃO PAULO, s.d.).

Na iniciativa privada brasileira, o cargo de Ombudsman foi criado em 1986 pelo Jornal Folha de São Paulo, sendo exercido por um profissional dedicado a, entre outras atividades, receber, investigar e encaminhar as queixas dos leitores e realizar a crítica interna do jornal, profissional esse que não podia ser demitido durante o mandato respectivo (UNIVERSIDADE, s.d.).

Na atualidade, o ombudsman corresponde a um instrumento que possibilita a participação popular no controle da ação governamental, assim contribuindo para o exercício da cidadania.

A pesquisa busca analisar o instituto do Ombudsman, às vezes também intitulado Provedor de Justiça, Defensor do Povo ou Ouvidor, sob a ótica de ser um dos guardiões da legalidade em defesa dos cidadãos e contra a improbidade e os abusos praticados pela Administração Pública no exercício de suas funções, bem como sua trajetória histórica, importância, âmbito de atuação e aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Embora inexista uniformidade de pensamento a respeito, a maioria dos autores, conforme referência de Wanderley Batista Silva (s.d.), procurador de Justiça e Ouvidor-Geral do Ministério Público do Paraná, assim como ocorre com Gustavo Costa Nassif (2010), não distingue entre Ombudsman e Ouvidor, entendimento esse adotado na elaboração da presente pesquisa.

Dentre as atuações do Ombudsman, uma das mais importantes é o auxílio dado aos cidadãos em suas relações com o Estado, representando um elo entre o povo e a Administração Pública. Vale ressaltar que o Ministério Público Brasileiro tem operado com ênfase em defesa do patrimônio público, por ato de improbidade administrativa e ações penais em desfavor de gestores e administradores públicos, atuando em relação a essas atividades como verdadeira espécie de Ombudsman.

De outro lado, há de merecer destaque a atuação individualizada do Ombudsman como defensor imparcial do povo, que luta pela defesa de direitos fundamentais e pelo controle da atividade pública.

É indispensável a figura do Ombudsman no Estado Democrático de Direito, visto que o sistema político deve garantir a participação dos cidadãos na Administração Pública, sendo que o defensor do povo não veio substituir os meios contenciosos, administrativos e políticos de solução de conflitos, mas contribuir para suprir a deficiência de tais meios.

Em 1995 foi criada a Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman, com a finalidade inicial de "estimular a implantação de novas Ouvidorias (públicas e privadas) com fundamentos escoimados na defesa dos direitos do cidadão". Sua atuação foi ampliada, por compreender que na ideia subjacente ao Ombudsman "estava a promoção da cidadania, da participação social nos destinos do Estado e suas concessões como a forma mais legítima de controle e fiscalização" (NASSIF, 2010).

No tocante à estrutura, a pesquisa se inicia com a análise do surgimento e história do Ombudsman, em seguida foca o conceito e a importância do instituto, a seguir trata de seu

âmbito de atuação, na sequência pondera sobre a possibilidade de sua implantação no Brasil, a seguir aborda sua relação com o Tribunal de Contas da União, o Poder Executivo, o Ministério Público e o Poder Judiciário.

O método utilizado é o hipotético-dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência.

Tem-se, como hipótese, que o Ombudsman ou a Ouvidoria, como órgão externo da Administração, tem a missão de fiscalizar de forma imparcial a Administração Pública em defesa dos direitos fundamentais, à luz da Constituição Federal e dos princípios e regras que regem o Estado de Direito Brasileiro.

1. SURGIMENTO E HISTÓRIA DO OMBUDSMAN

O Ombudsman apareceu pela primeira vez na Suécia, em 1809³, período em que o rei Gustavo Adolfo foi destronado e o papel do Ombudsman entrou em ação para fiscalizar os órgãos da Administração Pública (NAPIONE, 1969).

A Finlândia foi o segundo país a adotar a figura do Ombudsman, com o intervalo de mais de cem anos em relação ao seu antecessor sueco. O país viveu sob o domínio sueco até 1809, em decorrência das guerras napoleônicas. Até 1917 a Finlândia era governada por um Governador-Geral indicado pelo Imperador, o que impossibilitava a implantação do Ombudsman. Foi somente no governo de Karlo Castrén, em julho de 1919, que se introduziu o papel do Ombudsman na Finlândia (AMARAL FILHO, 1993, p. 44).

Na Noruega, em 1912, houve uma reestruturação das Forças Armadas, estabelecendo-se a criação de órgãos representativos. Contudo, a função da estrutura organizacional autoritária das Forças Armadas foi se tornando cada vez mais complexa, pois sempre a última voz sobre qualquer assunto de interesse de um soldado estava condicionada à boa vontade de suas autoridades superiores. Em 1946 foi criada uma comissão especial para averiguar o funcionamento da administração militar e seu sistema de representação. Marcos Jordão Teixeira de Amaral Filho (1993, p. 63) afirma que essa comissão passou a eleger o Ombudsman, com o papel de conhecer as queixas dos recrutas ou de oficiais, conhecer assuntos por iniciativa própria, atuar como órgão assessor das principais autoridades militares e civis e manter estreito contato com as comissões de representantes.

Na Alemanha a criação do Ombudsman foi proposta em 1952 pelo deputado Ernst Paul, do Partido Social-Democrata, que esteve exilado na Suécia durante o período nazista. Todavia, apenas cinco anos depois, em 1957, foi aprovada a lei constitucional, chamada Lei do Ombudsman Militar Alemão, com o intuito de fiscalizar os fatos que viessem a violar os direitos fundamentais dos soldados (FONSECA, 2000).

A Dinamarca, com o fim da Segunda Guerra Mundial, sentiu também a necessidade de ampliação das garantias individuais contra os abusos do Estado. Assim, no dia 11 de setem-

3 O berço do Ombudsman, para Walter Gellhorn (1966, p. 194), é Constituição Sueca de 1809, que se baseou na teoria de Montesquieu para dividir o poder Executivo, o Parlamento e os Tribunais, e assim supervisionar o cumprimento de seus deveres oficiais.

bro de 1954 foi promulgada a Lei do Ombudsman, complementada por Instruções do Parlamento em 22 de março de 1956 (FONSECA, 2000).

Na Grã-Bretanha o Ombudsman foi criado em 1964, seguindo os moldes da Suécia e dos países nórdicos, para controle da administração do Reino Unido (VENTURA, 2008). Tinha competência para investigar os casos de má administração provenientes de atividades meramente executivas do governo (AMARAL FILHO, 1993, p. 88).

Nos Estados Unidos, apesar da apresentação de projetos no sentido da criação de um Ombudsman, a proposta não progrediu, e a experiência americana ficou restrita a alguns Estados, como Havaí em 1967, Nebraska em 1969, Iowa em 1972, New Jersey em 1974 e Alasca em 1975 (FONSECA, 2000).

Em Portugal, com a Revolução dos Cravos, de 25 de abril de 1974, junto às transformações democráticas exigidas pela sociedade portuguesa, introduziu-se um Ombudsman, chamado de provedor de justiça. Ele atua como oficial ou mediador, recebendo queixas contra qualquer funcionário administrativo, visando a correção dos erros e atos administrativos ilegais e a melhoria dos serviços (AMARAL FILHO, 1993, p. 106). A instituição do Ombudsman tornou-se indispensável em Portugal, no propósito de prevenir e de promover a defesa dos direitos em geral e das liberdades públicas e particulares (VENTURA, 2008, p. 5).

No Brasil, embora não exista formalmente o Ombudsman, uma figura similar surgiu em 1823, em projeto constituinte de José de Souza Mello, que criou o Juízo do Povo, para que a população pudesse reclamar de opressões e injustiças perante a Corte.

A primeira experiência brasileira concreta deu-se em 1986, com a criação da Ouvidoria-Geral do Município de Curitiba, com a finalidade de atuar na defesa dos direitos individuais e coletivos contra atos e omissões ilegais cometidos pela Administração Pública Municipal. Em 2007 foi criada a Ouvidoria-Geral do Ministério Público do Estado do Paraná, por meio da Lei Complementar Estadual n. 117/2007, tendo por objetivo contribuir para elevar os padrões de transparência, presteza e segurança das atividades dos membros, órgãos e serviços auxiliares da Instituição (SILVA, s.d.).

A Lei Federal 13.460/2017, que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos o usuário dos serviços públicos da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso I do § 3º do art. 37 da Constituição Federal, estatui que o usuário poderá apresentar manifestações perante a Administração Pública a respeito da prestação de serviços públicos (art. 9º), a qual será dirigida à ouvidoria do órgão ou entidade responsável e conterà a identificação do requerente (art. 10), devendo a ouvidoria encaminhar a decisão administrativa final ao usuário, no prazo de trinta dias, prorrogável por igual período, de forma justificada e por uma única vez (art. 16).

O Decreto 9.492/2018, que regulamenta a Lei 13.460/2017, instituiu o Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal, integrando, como órgão central, o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, por meio da Ouvidoria-Geral da União, e como unidades setoriais, as ouvidoria dos órgãos e das entidades da administração federal abrangidos pelo próprio Decreto, tendo como objetivos (art. 5º): coordenar e articular as atividades de ouvidoria a que se refere este Decreto; propor e coordenar ações com vistas a desenvolver o controle social dos usuários sobre a prestação de serviços públicos, e facilitar o acesso do usuário de serviços públicos aos instrumentos de participação na gestão e na defesa de seus

direitos; zelar pela interlocução efetiva entre o usuário de serviços públicos e os órgãos e as entidades da administração pública federal responsáveis por esses serviços; e acompanhar a implementação da Carta de Serviços ao Usuário de que trata o art. 7º da Lei 13.460/2017, de acordo com os procedimentos adotados pelo Decreto 9.094/2017.

A Ouvidoria-Geral da União está ligada ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), sendo responsável "por receber, examinar e encaminhar denúncias, reclamações, elogios, sugestões e pedidos de informação referentes a procedimentos e ações de agentes, órgãos e entidades do Poder Executivo Federal" (CONTROLADORIA-GERAL, s.d.).

Atualmente, o instituto do Ombudsman, apesar da inaplicabilidade do termo de forma expressa na legislação, é uma realidade no Brasil, normalmente denominado de Ouvidoria, sendo diversas as entidades que o exercem, havendo, inclusive, uma Associação Nacional e variadas associações estaduais a seu respeito, como ocorre no Estado de São Paulo.

2. CONCEITO E IMPORTÂNCIA DO OMBUDSMAN

A palavra Ombudsman é de origem germânica, e significa "aquele que faz o trâmite" ou "o intermediário". É conhecido por ser o ouvidor do povo, que não se limita somente a ouvir, mas a solucionar problemas relacionados à Administração Pública. O Ombudsman é um órgão independente da Administração Pública. É dotado de independência funcional para fiscalizar a atuação dos servidores públicos (BEZERRA, 2010).

De acordo com Antonio Rovira Viñas (2002, p. 67):

Por eso es necesario el ombudsman, porque em las sociedades democráticas avanzadas cada día se necesitan más instancias com autoridade que limiten y controlen esta tendencia omnicomprensiva del poder, que aunque constitucionalmente dividida, está muy concentrada, y ésta puede ser una de las razones para explicar la actualidad y su auge en el mundo⁴.

Segundo Catarina Sampaio Ventura (2008, p. 34), o "Ombudsman é definido como um órgão público (tendencialmente unipessoal) independente e imparcial, tendo na base da sua criação, em regra, um ato legislativo parlamentar". É instituído como mecanismo de controle da Administração Pública, de modo a zelar pela legalidade e justiça dos comportamentos administrativos. Para Jorge Carlos Fonseca (2000), o Ombudsman pauta-se pela informalidade, no que a previsão deste órgão contribui de modo decisivo para o reforço da proteção dos cidadãos, ao implantar mecanismos de proteção jurídica prevista na Constituição ou na lei.

A respeito do Ombudsman, assevera Celso Barroso Leite (1975, p. 64) que, "sendo este, um instrumento de defesa do povo contra a Administração Pública, está se colocando frente ao administrado, em benefício de ambos, tanto protegendo o cidadão contra investidas públicas, quanto, defendendo o cumprimento legal de sua atividade".

4 Tradução nossa: "Por isso é necessário o Ombudsman, Porque as sociedades avançadas democráticas precisam cada dia mais de instâncias com autoridade que limitam e controlam a tendência de omissão do poder, que embora constitucionalmente dividida, está muito concentrada, e esta pode ser uma das razões para explicar na atualidade o seu bem para o mundo".

Nos Estados que adotam o instituto jurídico-administrativo do Ombudsman, "sobreleva sua máxima função, consistente em prevenir e preencher lacunas e omissões de outros tipos de controle administrativo e/ou judiciário, atinente aos três Poderes, sobretudo ao Poder Executivo (Administração Pública)" (GUALAZZI, 1991, p. 146).

Ana Fernanda Neves (2005) relata que a instituição do Ombudsman assegura a cada cidadão a certeza do poder de viver em condições de liberdade e de segurança, na medida em que, com total independência, ele censura e controla os erros, excessos e abusos dos poderes constituídos.

De acordo com Gustavo Costa Nassif (2010), Ouvidor de Fazenda, Patrimônio e Licitações Públicas do Estado de Minas Gerais, os Ouvidores/Ombudsman são os responsáveis pelas críticas construtivas dentro das entidades e corporações, atuando na defesa dos direitos dos cidadãos/consumidores, recebendo e investigando queixas e denúncias relativas à qualidade dos serviços prestados pelo poder público ou pelas empresas privadas e, após fazer o filtro das informações, irá recomendar e influenciar os setores envolvidos a tomarem medidas para a promoção da correção das disfunções.

Catarina Sampaio Ventura (2008, p. 101) destaca a dualidade de modelos de Ombudsman, nos seguintes termos:

Delineando dois modelos tendenciais do Ombudsman – um voltado para o Estado de direito e a boa administração, outro centrado na proteção e promoção dos direitos humanos – e sugerida enfim, uma delusória tensão entre ambos, no que à matéria da proteção dos direitos humanos concerne, sem prejuízo da delimitação, mais estreita num caso, mais amplo, em outro, da respectiva função, debruçemo-nos, agora sobre algumas das dimensões possíveis de relevância dos direitos humanos na atividade do Ombudsman, incluindo as instituições que se aproximam mais do modelo clássico de vigilância estrita administrativa dos poderes públicos. [...]. O Ombudsman, tutela pelos direitos humanos, a defesa da ordem social, e a democracia popular.

Desde a antiga democracia grega, "passando pela escandinava do século XIX, chegando finalmente às democracias modernas, fica evidente a importância do Ombudsman ou Ouvidor para o aperfeiçoamento do sistema político, produzindo o máximo de satisfação para o maior número de cidadãos" (FERRES, 2019, p. 53).

Importante destacar que a Ouvidoria é um dos canais mais importantes para o exercício da participação popular e para o controle social em prol dos cidadãos e da proteção dos direitos do indivíduo (BASTOS; PEREIRA, 2029, p. 34).

O Ombudsman, na essência, dotado de independência funcional, atua como ente fiscalizador da Administração Pública, com especial ênfase na proteção dos direitos fundamentais e da própria democracia.

3. ÂMBITO DE ATUAÇÃO DO OMBUDSMAN OU DEFENSOR DO POVO

A competência do defensor do povo deve ser a mais ampla possível, podendo até mesmo agir de ofício, sobre qualquer assunto relativo à administração civil do país, que julgue de interesse a ser investigado (AMARAL FILHO, 1993, p. 128).

Para a Controladoria-Geral da União, enquanto a ouvidoria é um espaço em que se pode apresentar sugestões, elogios, solicitações, reclamações e denúncias, a ouvidoria pública "atua no diálogo entre o cidadão e a Administração Pública, de modo que as manifestações decorrentes do exercício da cidadania provoquem contínua melhoria dos serviços públicos prestados" (CONTROLADORIA-GERAL, s.d.).

Intervindo com base em queixas dos cidadãos ou por sua própria iniciativa, o âmbito de atuação do Ombudsman abrange, regra geral, a função administrativa do Estado. Todavia, está fora da sua alçada o controle do exercício dos poderes políticos, legislativos e judiciário (VENTURA, 2008, p. 34).

Francisco Ferreira de Almeida (2003, p. 31) complementa:

O Ombudsman, não tem, por conseguinte, poder para modificar, revogar, ou anular os atos dos poderes públicos. [...] Fica estrito ao seu comportamento, os casos trazidos à sua apreciação, ou que ele próprio, entenda que deve analisar. [...] Ombudsman "quem vigia o vigilante".

Assim, no tocante a seu âmbito de atuação, o Ombudsman encontra-se limitado ao controle da Administração Pública e deve apresentar relatórios anuais, sobretudo a fim de trazer ao conhecimento e juízo públicos os comportamentos que suscitaram a intervenção. De tal forma, os relatórios do Ombudsman assumem importante função de proporcionar o exame e análise do estado da Administração (VENTURA, 2008, p. 38).

Todavia, para Marcos Jordão Teixeira de Amaral Filho (1993, p. 121):

embora a competência do Ombudsman não possa atingir as atividades desenvolvidas pelo Congresso Nacional e por seus membros no exercício de suas funções, o defensor do povo deverá igualmente ter a prerrogativa de investigação quando um deputado ou senador estiver exercendo funções no âmbito da administração, inclusive em funções ministeriais.

Para garantir o bom funcionamento do Ombudsman, deve-se assegurar e garantir o êxito de suas funções, entre as quais se destacam (AMARAL FILHO, 1993, p. 127): acesso direto de todo cidadão, sem intermediação de parlamentares; acesso a todos os documentos necessários à investigação, inclusive com possibilidade de convocar funcionários para depoimento e testemunhas; motivação simples de sua decisão e encaminhamento rápido à autoridade competente para providências; em caso de resistência da autoridade, possibilidade de oferecer denúncia contra o funcionário ou solicitar à autoridade hierárquica superior que modifique a decisão.

Ana Fernanda Neves (2005) explica que o Ombudsman, com ou sem aviso prévio, visita as instalações de todo setor da Administração Pública, objetivando assegurar que todas as atividades estão sendo realizadas com o devido zelo e diretrizes de seu funcionamento.

Em conformidade com o art. 2º do Estatuto da Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman - ABO, de caráter nacional, a Associação tem por objetivo, entre outros, estimular e promover o conagraçamento e o relacionamento entre todos aqueles que exerçam a função de Ouvidor/Ombudsman no Brasil. O ouvidor/ombudsman, por sua vez, tem como dever defender os direitos e os legítimos interesses dos cidadãos, seja em órgãos da administração pública de qualquer nível ou poder, seja em uma empresa privada, "atuando, sempre, com autonomia para apurar as questões que lhe forem apresentadas e independência para manifestar o que entender cabível à instituição a qual é vinculado" (ABO NACIONAL, 1995).

4. IMPLANTAÇÃO DO OMBUDSMAN NO BRASIL

A Assembleia Nacional Constituinte Brasileira rejeitou a emenda da deputada Raquel Capiberibe, do PMDB do Amapá, que propunha a criação do defensor do povo ou Ombudsman no Brasil. Para Hugo Nigro Mazzilli (2007), o defensor do povo constava do Anteprojeto da Constituição de 1986, indicado pelo Senador Afonso Arinos. O Ombudsman seria escolhido pela Câmara dos Deputados, dentre os candidatos indicados pela população.

Segundo Marcos Jordão Teixeira de Amaral Filho (1993), levantaram-se poderosos lobbies corporativos contra sua criação, como os do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público. Ainda, a pressão exercida por setores da opinião pública e a experiência do Conselho de Defesa dos Direitos do Cidadão e do ouvidor-geral curitibano não foram suficientes para o convencimento dos constituintes, muitos dos quais egressos do próprio Ministério Público ou identificados de alguma forma com os interesses da Administração.

Wallace Paiva Martins Júnior (2002, p. 78) complementa que foi preferido atribuir as funções de Ombudsman ao Ministério Público, que já estava presente em todo território brasileiro, do que criar um novo órgão.

Segundo Cândido Mendes (1987, p. 3):

SUMIU NA PROPOSTA CONSTITUINTE A FIGURA DO DEFENSOR DO POVO, TRANSFERINDO-SE PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO A TAREFA DE ESCRUTINAR E PROMOVER A RESPONSABILIDADE DO ABUSO DE PODER DE QUALQUER GOVERNO. [...]. NADA SE DIZ SOBRE O PIOR DELES QUE É, EXATAMENTE, A OMISSÃO DAS AUTORIDADES PÚBLICAS PROTRAÍDAS CADA VEZ MAIS NA INERCIA BUROCRÁTICA, PRESAS À SUA ESTRITA E IMEDIATA DINÂMICA DE INTERESSES. [...]. AINDA É TEMPO DE VOLTARMOS AO DEFENSOR DO POVO. SEM CARREIRAS NEM MORDOMIAS NEM REELEIÇÕES.

A Constituição Federal de 1988 estatui que o "Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal" (art. 44). Entre as atribuições do Congresso Nacional, delimitadas na Seção II do Título IV, Capítulo I, está a possibilidade de convocação do Presidente da República e de seus Ministros de Estado, para prestarem pessoalmente informações, em assunto previamente determinado, importando a ausência, sem justificção adequada, em crime de responsabilidade (art. 50). Ainda, compete privativamente à Câmara dos Deputados, nos termos do art. 51, "autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o presidente da Repú-

blica e os ministros de Estado" (inciso I) e "proceder à tomada de contas do presidente da República, quando são apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa" (inciso II). O Congresso Nacional poderá constituir comissões permanentes e temporárias, cabendo a elas, nos termos do art. 58, § 2º, "convocar ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes às suas atribuições" (inciso III) e "receber petições, reclamações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas" (inciso V) (BRASIL, 1988).

Percebe-se que, apesar do Congresso Nacional não dispor de responsabilidade de governo, já que foi mantido o sistema presidencialista pelo Constituinte de 1988, houve ampliação de sua ação de controle político sobre os ministros e o chefe de governo.

Marcos Jordão Teixeira de Amaral Filho (1993, p. 119) já asseverava que a introdução do direito de petição aos cidadãos contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas revelava também a preocupação dos nossos constituintes com a preservação dos direitos individuais, função esta tradicionalmente delegada ao Ombudsman.

Nesse ponto, a criação do Defensor do Povo deve levar em conta a nova realidade constitucional brasileira, e seria de todo conveniente, a fim de evitar conflito de atribuições entre o Parlamento e o Ombudsman, que o controle do Presidente da República e de seus ministros, em razão do caráter mais político de suas funções, ficasse restrito à atuação do Congresso Nacional, ou que o Ombudsman pudesse agir, em virtude de provocação do próprio Congresso Nacional, pois seu papel é em função do povo e da democracia (BEZERRA, 2010).

Importante ressaltar que o Ombudsman, na concepção de Wallace Paiva Martins Júnior (2002), não tem atribuição administrativa nem jurisdicional, sendo essa a razão para não intervir no Poder Judiciário. Tem competência somente para verificar a legalidade e a legitimidade do ato administrativo, e recomendar sua invalidação no caso de nulidade, ou revogação em razão de conveniência ou oportunidade.

O Ombudsman também possui relação com as Comissões Parlamentares de Inquérito.

O Brasil adotou a forma de governo presidencialista, inspirada no modelo norte-americano, que veio a conhecer as tradicionais comissões parlamentares de inquérito como forma de controle parlamentar. Todavia, apesar dos méritos indiscutíveis de algumas destas comissões em seu trabalho fiscalizador, as mesmas estão condicionadas às maiorias parlamentares, nem sempre dispostas à sua criação, e não podem se ocupar de casos individuais, uma vez que devem estar voltadas a temas de caráter mais geral da administração. Dessa forma, o defensor do povo tem amplo campo de atuação fiscalizadora, sem retirar do Parlamento suas prerrogativas fiscalizadoras tradicionais, inclusive dando-lhe *status* mais elevado no exercício de sua atividade (AMARAL FILHO, 1993, p.124).

Como visto, embora a Constituição Federal de 1988 não tenha previsto expressamente a figura do Ombudsman com essa nomenclatura, o instituto é uma realidade no País, estando previsto em diversos diplomas normativos infraconstitucionais, sob a denominação genérica de Ouvidoria.

5. OMBUDSMAN, TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, PODER EXECUTIVO, MINISTÉRIO PÚBLICO E PODER JUDICIÁRIO

A Constituição Federal estabelece no art. 71 que o “controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete” (BRASIL, 1988).

O art. 71, § 4º, da Lei Maior, determina que “o tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades”. Já o art. 74, § 2º, da Constituição, estatui que “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato” é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União (BRASIL, 1988).

Marcos Jordão Teixeira de Amaral Filho (1993, p. 123) analisa que os Constituintes de 1988 ampliaram de forma nítida o rol de competências do Tribunal de Contas da União, que decididamente deixa de ser mera Corte de Contas e passa à condição de fiscal do Poder Público, com grandes semelhanças em relação às atribuições clássicas do Ombudsman.

Realmente, é indiscutível que o espaço de atuação de um Ombudsman no Brasil ficou severamente restringido pela redação da Constituição Federal de 1988 no que tange às competências do Tribunal de Contas da União. A sobrecarga de trabalho que disto resultará sobre o Tribunal pode levar futuramente a se pensar em novo desdobramento de funções, voltando nossa Corte de Contas às suas atribuições clássicas e delegando ao defensor do povo (Ombudsman) a fiscalização de atos da administração que violem os direitos individuais ou de grupos, com o objetivo indireto de se proteger a ordem democrática (AMARAL FILHO, 1993, p. 123).

De acordo com Helga Maria Saboia Bezerra (2010), na condição atual seria necessária a revisão do texto constitucional para se evitar um possível conflito de atribuições entre o Tribunal de Contas da União e o Ombudsman.

No Brasil, ao contrário da Suécia, os Ministros de Estado são responsáveis pelos atos de seus subordinados, numa relação hierárquica que se estabelece dos mais baixos escalões até o Presidente da República. De tal modo, com essa estrutura administrativa seria impensável que um Ombudsman não pudesse fiscalizar os atos administrativos dos ministros de Estado, que concentram vasta competência no âmbito administrativo. Já no caso da Noruega (AMARAL FILHO, 1993, p. 125):

atribuiu-se ao Ombudsman a faculdade de apreciar aspectos discricionários da ação administrativa. No Brasil, que possui administração fortemente marcada por traços autoritários, seria conveniente, da mesma forma, que coubesse ao defensor tal competência, em que ações administrativas, embora intentadas dentro da legalidade existente, fugisse aos princípios da razoabilidade e equidade com o administrado exigidos pelo bom Direito Administrativo.

Para Francisco Ferreira de Almeida (2003), seria inconveniente que o defensor do povo pudesse intervir nos assuntos presidenciais, mesmo assim, nos casos em que a lei determinar ou naqueles atos em que o Presidente tenha agido tão somente na qualidade de superior

hierárquico da Administração, deve o Ombudsman do povo ter competência para agir, preservando sempre a figura institucional da Presidência da República.

Todavia, há quem sustente na doutrina que no Brasil a função do Ombudsman é exercida pelo Ministério Público.

Assim, de acordo com Hugo Nigro Mazzilli (2007), o texto constitucional destinou ao Ministério Público a função de Ombudsman, de zelar pelos interesses sociais e individuais, não tendo vinculação hierárquica com os poderes do Estado.

Segundo Ana Fernanda Neves (2005), cabe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais.

Na Suécia, o Ombudsman possui competência semelhante à do Ministério Público Brasileiro. Porém, como antes afirmado, a rejeição do Plenário da Assembleia Nacional Constituinte à criação do Defensor do Povo deu-se em grande parte em razão das pressões exercidas pelos procuradores ligados ao Ministério Público, que viam na sua criação uma possível limitação às suas funções.

Conforme Cândido Mendes (1987, p. 3):

Desperdiçamos a oportunidade de aproveitar o exemplo espanhol e acautelar-se a sociedade civil contra o Estado através de uma Defensoria do Povo para denunciar e processar abusos de poder, por fora da corporação governamental. Não demos o passo decisivo: a tarefa continua dentro da competência do Ministério Público.

Para María José Colchete Martín (2001), o chefe do Ministério Público não deveria ser escolhido pelo Poder Executivo. Nesse ponto, o Ombudsman europeu é indicado pelo Parlamento, órgão que tem atribuição de fiscalizar o Poder Executivo.

Sob outro ângulo, de se observar que o Poder Judiciário não está sujeito à fiscalização pelo Ombudsman.

Nesse sentido, durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, especialmente na apreciação do capítulo que tratava da organização do Poder Judiciário, uma grande polêmica estabeleceu-se em torno da criação do Conselho Nacional de Justiça para exercer controle externo sobre a magistratura. Todavia, o Plenário Constituinte optou por preservar inteiramente a independência do Poder Judiciário.

No Brasil, sem ferir a independência do Poder Judiciário, seria interessante um controle restrito ao seguimento dos processos e ao cumprimento dos ritos processuais, que recuperasse a confiança da sociedade, especialmente nos casos da administração judiciária, no tocante à execução das penas criminais, que caberia ao Ombudsman, como instrumento importante de diálogo com os detentos. Não se admitiria nenhuma ação que envolvesse decisão judicial ou ato praticado no exercício de suas prerrogativas, que pudesse prejudicar a relação entre o defensor do povo e o Poder Judiciário, ou de algum modo limitar a independência do magistrado (AMARAL FILHO, 1993, p.127).

Todavia, embora não previsto na redação originária da Constituição Federal, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), acabou sendo criado por meio da EC 45/2004, que incluiu o art. 103B no texto constitucional, competindo-lhe, nos termos do § 4º do referido art. 103, o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos

deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe o exercício de diversas atribuições previstas no bojo do próprio art. 103, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura.

CONCLUSÃO

O Ombudsman, também conhecido atualmente como Provedor de Justiça, Defensor do Povo ou Ouvidor, surgiu na Suécia em 1809, dando origem e influenciando a implementação do instituto em diversos países, como Finlândia, Noruega, Alemanha, Dinamarca, Grã-Bretanha e Portugal.

Embora o termo Ombudsman não seja utilizado de forma expressa na legislação brasileira, na prática é uma realidade no País, normalmente com o nome de Ouvidoria, sendo várias as entidades que se valem concretamente do instituto, como a Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman, de caráter nacional, e a Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman do Estado de São Paulo.

A figura do Ombudsman ou Ouvidor, desde seu advento, ganhou respeitabilidade, sendo atualmente bastante importante para o aperfeiçoamento do sistema político e para a satisfação dos interesses e direitos dos cidadãos, inclusive no que se refere ao controle das atividades exercidas pela Administração Pública.

O defensor do povo, por qualidades que se confirmaram em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, possibilita a busca de promoção dos direitos fundamentais e contribui para o controle das atividades de responsabilidade do Estado, em especial as relacionadas à atuação administrativa.

A morosidade dos processos administrativos, o controle jurisdicional inadequado e a necessidade de uma fiscalização imparcial sobre a atividade estatal, são razões para a criação do Ombudsman no Brasil.

Nesse contexto, e como instrumento de exercício da democracia, a criação do Ombudsman poderia suprir eventuais deficiências institucionais dos órgãos de controle atualmente existentes no País, como o Ministério Público e os Tribunais de Contas.

Pelas características brasileiras e pela experiência de outros países, é conveniente que a criação do Ombudsman ou Defensor do Povo seja feita preferencialmente pela via constitucional, evitando-se com isso sua fragilização por meio de interferências normativas infra-constitucionais.

O sucesso do Ombudsman no Brasil está diretamente relacionado à abertura democrática e à participação política dos indivíduos e da própria sociedade, podendo o instituto tornar-se um importante canal voltado para a resolução de conflitos entre os cidadãos e entre estes e o próprio Estado.

O Ombudsman, como órgão de controle externo, contribui para a fiscalização imparcial do exercício das atividades e funções inerentes aos Poderes Públicos.

Tem-se, em conclusão, que restou demonstrada a hipótese inicial, no sentido de que o Ombudsman, embora o termo não esteja previsto expressamente na legislação brasileira, deve ser implantado no Brasil, objetivando fiscalizar o exercício das atividades do Poder Executivo, em especial atuando como guardião da legalidade e contra os abusos de poder praticados pela Administração Pública.

REFERÊNCIAS

- ABO NACIONAL – Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman. Estatuto Social. 1995. Disponível em: <http://www.abonacional.org.br/estatuto>. Acesso em: 12 abr. 2019.
- ABO SÃO PAULO – Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman – São Paulo – s.d. Disponível em: <http://www.abosaopaulo.org.br/artigo.php?codigo=15>. Acesso em: 16 jan. 2019.
- ALMEIDA, Francisco Ferreira de. *Direito internacional público*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira de. *O Ombudsman e o controle da Administração*. São Paulo: Edusp, 1993.
- BASTOS, Camila Sanson Pereira; PEREIRA, Carolina de Lima Cazarotto. O fortalecimento das ouvidorias como instrumento de controle social: análise e impactos para a aplicação da Lei 13.460/2017. *Revista Científica da Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman*, São Paulo, ano 2, n. 2, p. 31-39, 2019.
- BEZERRA, Helga Maria Saboia. Defensor do povo: origens do instituto do Ombudsman e a malograda experiência brasileira. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 36, p. 46-73, jan./jun. 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 31 out. 2018.
- CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Ouvidoria. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/ouvidoria>. Acesso em 22 jan. 2019.
- FERRES, Dionisio Moreno. A evolução histórica das ouvidorias: da participação reivindicatória por melhorias nas políticas públicas ao empowerment dos cidadãos. *Revista Científica da Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman*, São Paulo, ano 2, n. 2, p. 41-54, 2019.
- FONSECA, Jorge Carlos. Estado de direito democrático, direitos fundamentais e o instituto do Ombudsman - uma introdução ao tema: Ombudsman - quadro normativo e experiência institucional. *Direito e cidadania*, Lisboa, ano III, n. 8, p. 109-122, 2000.
- GELLHORN, Walter. *Ombudsmen and others: citizen's protectors in nine countries*. London: Harvard University Press, 1966.
- GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Controle administrativo e "ombudsman". *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 86, p. 144-163, 1991.
- LEITE, Celso Barroso. *Corregedor administrativo: a instituição escandinava que o mundo vem adotando*. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.
- MARTÍN, María José Corchete. *El defensor del pueblo y la protección de los derechos*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Controle da administração pública pelo Ministério Público: Ministério Público defensor do povo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENDES, Cândido. O gato comeu o defensor do povo. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 24 nov. 1987, p. 3.
- NAPIONE, Giovanni. *L'ombudsman: il controle della pubblica amministrazione*. Milão: Giuffrè Editore, 1969.

NASSIF, Gustavo Costa. Ouvidor ou Ombudsman? *Jornal Carta Forense*. 2010. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/ouvidor-ou-ombudsman/5766>. Acesso em 16 jan. 2019.

NEVES, Ana Fernanda. O provedor de justiça e administração pública. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 51-92.

REMEDIO, José Antonio; FARIA, Cássio Henrique Dolce de. Convenção da Apostila de Haia: incorporação e integração ao ordenamento jurídico nacional e interface com os direitos fundamentais. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 14, n. 2. p. 708-726, jul./dez. 2019.

ROVIRA VIÑAS, Antonio (Org.). *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002.

SILVA. Wanderlei Batista. Considerações sobre a ouvidoria. s.d. Disponível em: <http://mpprmp.br/pagina3.html>. Acesso em: 2 out. 2018.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS – UFG. Ouvidoria. s.d. Disponível em: <https://ouvidoria.ufg.br/n/29881-ombudsman-o-que-e-o-cargo>. Acesso em: 12 abr. 2019.

VENTURA, Catarina Sampaio. *Direitos humanos e ombudsman: paradigma para uma instituição secular*. Lisboa: Provedoria de Justiça, 2007.

Recebido/Received: 02.05.2019.

Aprovado/Approved: 04.07.2020.

A CONSTRUÇÃO AXIOLÓGICA E SUA APLICABILIDADE PARA O DIREITO DA PERSONALIDADE

AXIOLOGICAL CONSTRUCTION AND ITS APPLICABILITY TO THE RIGHT OF PERSONALITY

CLEIDE APARECIDA GOMES RODRIGUES FERMENTÃO¹

KARYTA MUNIZ DE PAIVA LESSA²

RESUMO

O presente artigo possui objetivo de analisar a construção histórica e epistemológica da filosofia dos valores – a axiologia, sua aplicabilidade no direito, em especial aos direitos da personalidade, e de que forma a humanidade se faz a fonte principal dos valores nos mais diversos tempos. Também se busca compreender de que forma os valores são caracterizados como instituídos e instituintes para o indivíduo e coletividade. Para buscar atender a estes problemas, utiliza-se a revisão bibliográfica como método, bem como pesquisa em leis, artigos, livros e dissertações, com objetivo de compreender qual entendimento sobre o tema em questão. Portanto, verifica-se que o direito, cuja finalidade última é a justiça, é gerado pelos valores, atuando nos direitos da personalidade que tutela os valores da essência humana, compreendido pela dignidade humana e também proteger a vida em sociedade com vistas à manutenção da harmonia social.

Palavras-chave: Axiologia. Direito da Personalidade. Filosofia. Valores Morais. Valores Sociais.

ABSTRACT

This article aims to analyze the historical and epistemological construction of the philosophy of values - axiology, its applicability in law, especially to the rights of the personality, and in what way humanity becomes the main source of values in the most diverse times. It also seeks to understand how values are characterized as instituted and instituting for the individual and collectivity. To seek to address these problems, bibliographic review is used as a method, as well as research on laws, articles, books and dissertations, to understand which understanding on the subject in question. Therefore, it appears that the law, whose ultimate purpose is justice, is generated by values, acting on the rights of the personality that protects the values of human essence, understood by human dignity and protecting life in society to maintaining the social harmony.

Keywords: *Axiology. Moral Values. Personality Law. Philosophy. Social Values.*

1 Doutora em Direito das relações sociais pela UFPR - UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ; (2004) pós doutoranda em direito constitucional-hermeneutica jurídica pela UNISINOS-RS, Mestre em Direito civil pela UEM -Universidade Estadual de Maringá-Pr (2001) e graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1977), Proprietária - Escritório de Advocacia Cleide Fermentão desde 1978; professora titular no Programa de Mestrado e Doutorado da UNICESUMAR - Centro Universitário de Maringá. cleidefermentao@gmail.com

2 Mestranda em Ciências Jurídicas pela UniCesumar (Bolsa CAPES/PROSUP), pós graduanda em Ciência Política pela UniCesumar, graduanda em Teologia pela Faculdade Teológica Sul Americana e graduada em Direito pela Faculdade Maringá (2015). karytamp@gmail.com

Como citar esse artigo/How to cite this article:

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; LESSA, Karyta Muniz de Paiva. *A construção axiológica e sua aplicabilidade para o direito da personalidade*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 2, p.68-81, Maio/Ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i2.7238>

1. INTRODUÇÃO

Desde os tempos remotos a história da evolução do homem e da sociedade tem reflexos no desenvolvimento dos valores. Estes corroboram com a construção da consciência humana. Os princípios proporcionam conceber não apenas a distinção entre o bem e o mal, mas também um método para a construção de um ideal almejado. Desta forma, os valores morais e sociais são basilares para o homem são basilares para ele, tanto nos costumes, na cultura, e estes nascem como resultados de crises que elevam a consciência humana.

Os valores surgem no interior de um grupo social, isso demonstra a importância e a relevância de compreender que o valor aceito pelo homem está relacionado ao valor social, onde o mesmo fixou as suas raízes. Os costumes de determinada sociedade estruturam os valores interiores do homem que nela vive, podendo ser entendido que dos valores morais e sociais se estruturam aos direitos personalíssimos da pessoa integrante em tal grupo social.

A axiologia, também chamada de filosofia dos valores, e o valor possui uma grande importância na seara jurídica. Em primeiro lugar, há de se atentar que o direito é um dos grandes norteadores da vida em sociedade, permeado e ligado com inúmeras outras áreas, como, a evolução da sociedade, a ética, a cultura, e os valores. É por meio da consciência humana valorativa que o homem entende o mundo em que vive. A apreciação axiológica administra a interpretação jurídica por meio da hermenêutica, e o propósito fulcral é a análise do valor. A conjuntura axiológica, como um dado cultural condicionador na circulação do direito, delimita a evolução histórica.

Os valores, podem ser considerados como propriedade do tecido das representações sociais, caracterizando-se como instituídos e instituintes da formação histórica do homem e da sociedade. Desta forma os valores são tidos como norte das opções de escolhas interligadas aos conhecimentos concebidos e também por meio de representações sociais, mas também possuem força que impulsiona os conhecimentos e reorganizam aqueles saberes provindos da experiência.

O direito não pode ser interpretado de forma única, para isso a importância da hermenêutica jurídica, e, o mesmo precisa ser aplicado, assim, para que haja a aplicabilidade coerente, é necessário a associação da interpretação do direito aos valores. Independente da época em que tal ato acontecerá, é sabido que um novo valor substituirá o anterior com a evolução social, gerando um novo direito.

Desta forma, vê-se que viver significa atribuir valor a vida e a construção cultural. Em outros termos os valores concebem ao homem e à sua consciência e fundamentos solidificados. É do valor que decorrerá seu comportamento, que se conhecerá seu caráter, suas ações diante das dificuldades, e dos mais distintos episódios da vida. E de antemão, antecipa-se que o direito da personalidade tutela os valores interiores da pessoa por representarem a sua essência.

Analisar-se-á a construção histórica e epistemológica da axiologia desde tempos remotos, sua formação filosófica desde Sócrates, a influência que a filosofia moderna sofreu da filosofia moderna, a contribuição de Kant e de tantos outros filósofos e juristas. Compreender-se-á de que forma o homem é considerado a fonte de todos os valores, quais formas

estes podem justificar as ações humanas e como os valores morais e sociais que fundamental o direito e o convívio social, podem contribuir para a própria valoração e ideias humanas.

A presente pesquisa parte dos seguintes questionamentos: existe relação entre a filosofia dos valores e a formação do direito? E especificadamente com o direito da personalidade? Como os valores morais e sociais podem contribuir para a formação e tutela dos direitos da personalidade?

Para responder estas questões, optar-se-á pelo método dedutivo e hipotético-dedutivo, para alcançar-se-á um referencial teórico válido e relevante, com o auxílio de estudo qualitativo, por meio de coleta de bibliografias, doutrinas e leis – Constituição Federal, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Projeto Nacional de Educação – a partir de consultas na internet, acervo da Biblioteca da Universidade UniCesumar e Google Scholar sobre o assunto em questão: axiologia, direitos da personalidade, dignidade humana, valores morais e sociais.

2. A AXIOLOGIA: VISÃO HISTÓRICA-EPISTEMOLÓGICA

O estudo sobre valores teve sua gênese, aproximadamente em 400a.C, com Sócrates, corroborando com o período áureo da Filosofia, tornando-se um dos pais da Filosofia. A axiologia é tão antiga quanto à existência humana. Na Antiguidade Clássica os gregos entendiam que *axios* poderia ser explicado por aquilo que tem valor, aquilo que possui dignidade para ser estimado, mas nunca mensurado. Assumindo, pois, a importância do valor na história.

Com o intuito de entender sobre os valores humanos desde seu nascimento até o momento onde se vê o processo sócio histórico mais desenvolvido, é necessário captar sobre a constituição do que entendia-se sobre o homem grego, uma vez que a civilização grega era considerada, tanto, de suma importância no que tange o meio da educação, mas também “[...] não é só o espelho onde reflete o mundo moderno na sua dimensão cultural e histórica ou um símbolo da sua autoconsciência racional” (JAEGER, 2013, p. 7).

Sócrates combateu veementemente o relativismo e o subjetivismo dos sofistas, defendendo a objetividade e o absolutismo dos valores éticos. Seguido posteriormente por Platão, e também Aristóteles; Sócrates entendia que o conflito ao relativismo e subjetivismo, a luta pela objetividade e a absolutidade dos valores éticos era a fórmula de sua diligência.

A valoração do homem ganha uma nova roupagem com a história grega. A moral tradicional da época acabou sofrendo ameaças por conta da racionalização oriunda dos ensinamentos dos sofistas. Estes acabaram não se importando para a gênese do universo, mas voltava para os valores morais e políticos (PLATÃO, 2002), levando ao surgimento da relativização dos valores. Platão ao demonstrar sobre o mundo de padrões metafísicos, faz apontamento sobre os valores morais, e em sua obra “A República” acredita que a divisão racional do trabalho é uma forma correta de organização da cidade ideal e por isso foi visto como um reformador social (PLATÃO, 2002).

Platão construiu a teoria das ideias - o núcleo central da sua filosofia – onde em síntese, a ideia de valores é maximizada pela concepção de bem, como do valor ético e também

do valor estético; não podendo olvidar que este guiou-se pela metafísica. (PLATÃO, 2002). Já em Aristóteles, há prosseguimento para o viés da ideia de bem nas coisas e na realidade empírica, onde o valioso adquire abundante caráter cósmico.

A felicidade em Aristóteles (1999), não era proveniente de obter prazer – seja de qual fonte vier – mas esta seria encontrada pela razão, ou seja, a pessoa que alcança maior desenvolvimento da razão contemplará a felicidade por meio das virtudes, sendo estas uma excelência moral e de um “estado intermediário, porque nas várias formas de deficiência moral há falta ou excesso do que é conveniente tanto nas emoções quanto nas ações, enquanto a excelência moral encontra e prefere o meio termo (ARISTÓTELES, 1999, p. 42), desta forma para este filósofo, os valores humanos estão relacionados com o que entende sobre o ideal de bem que submete o homem ao encontro da felicidade.

A Filosofia Clássica muito influenciou a formação da Filosofia Moderna, e esta teve papel fundante e essencial na composição da filosofia dos valores. Dentro deste período, não se pode deixar de mencionar Immanuel Kant. Ele confrontou categoricamente a ética clássica que vinha por anos influenciando aquele período, inaugurando uma filosofia crítica e totalmente oposta ao dogmatismo (KANT, 1980).

Com uma distinção básica entre ser e dever ser, Kant ofereceu uma nova perspectiva ao valor. Esta busca por uma construção filosófica livre de bagagens de seus antepassados, é entendido como o cerne de sempre questionar sobre as suas próprias faculdades da razão, seguida pelas possíveis possibilidades de um conhecimento, seguida pelos seus limites, foi inclusive com esta indagação que ocorreu a revolução copernicana na Filosofia (BAMBIRRA, 2008, p. 4905).

Embora Kant não tenha desenvolvido propriamente dito, uma axiologia, em sua elaboração de uma deontologia – ‘teoria dos deveres’, ocorre uma transferência da ideia de valor para o domínio da consciência pessoal, “neste mundo, e até fora dele, nada é possível pensar que possa ser considerado como bom sem limitação a não ser uma só coisa: uma boa vontade.” (KANT, 1980, p. 109), também explicado por Hessen que “a consciência moral torna-se verdadeira pátria dos valores éticos.” (HESSEN p. 26, 1980).

Foi a partir de meados do século XIX que o rigor científico sofreu uma busca maior ao valor. Com as importantes contribuições pioneiras do filósofo e lógico Lotze em relação aos estudos axiológicos, passou a ser considerado como o verdadeiro pai da moderna filosofia dos valores, principiando sobre o tema em seu livro *Mikrokosmos*, onde distingue “ser” e “valor”, ou seja, o “mundo dos valores” é diverso do “mundo dos entes” (HAUBERT, 2018).

Em suma, o valor poderia ser compreendido a partir do domínio espiritual, bem como pode ser compreendido por meio da inteligência (HESSEN, 1980, p. 26-27). Juntamente com esta ideia, também conceitua o valor e o valer, onde aquele sempre será algo livre da realidade.

Já no aspecto da moderna filosofia dos valores, Franz Brentano, em sua obra *A Origem do Conhecimento Moral* (1889) traz contribuição relevante reconhecendo a natureza do valor como de um *phaenomenon sui generis* – ou seja – fenômeno de gênero próprio, singular. Para ele, das três classes fundamentais de fenômenos psíquicos “entre as referências intencionais, retomando o tema tratado nas Meditações cartesianas, mas até então ignorado” (BAMBIRRA, 2008, p. 4907)

A primeira classe é constituída pelas representações, que podem ser intuitivas ou obtidas pelos sentidos; a segunda classe é a dos juízos, que provocam ininterruptamente um representar, porém, nem sempre associando uma representação a outra; a terceira classe é a das emoções. A noção de bom compreende-se aquilo que é considerado verdadeiro, só é justo ao admitir tal referência. Já em relação a algo que é tido como bom, só será assim entendido ao consistir de amá-lo e então será justo. Em outras palavras aquilo que se ama com amor justo, sendo este, justo de ser amado, é literalmente o bom (BRENTANO, 2002).

Ao contrário do que se vê a partir da análise de objetos, onde são sempre imutáveis, Johannes Hessen entende que há a perenidade dos valores, estes não se alteram com a modificação dos objetos em que se manifestam. Assim sendo, aporta a teoria de que os valores, por exemplo, os estéticos do belo, do sublime, do gracioso, etc., conservaram mesmo ao serem esfacelados todos os objetos de arte. Ao entendimento de valores, Scheller acrescenta os aludidos éticos para os pessoais e os das coisas para os impessoais (PEREIRA, 2000). Para além dessas correntes, no século XX o termo valor começou a ser distinguido das noções de bem e de ser para assumir um sentido derivado de atividades puramente humanas, resultando na configuração de uma reconhecida teoria de valores.

A teoria de valores foi reconhecida após inúmeras correntes somarem com conceituações particulares, e, no século XX o termo com sua significação passou a ser diferenciado do que se entendia como bem e como ser, e evidenciou-se no tocante ao humano. Miguel Reale, transfere o verbo ao substantivo valer, trazendo a pura revelação do valor, de forma epistemológica própria, entendendo que o homem obtém conhecimento e consciência do valor nas mais diferentes modalidades como do ponto de vista histórico, militar, artístico e econômico (REALE, 1982). Percebe-se que há um plurívoco entendimento de valor e, portanto, vale se atentar que valor não é apenas questão de preferência, mas sim do que é preferível e desejável, porém, valor não se trata apenas de um ideal, mas sim uma norma das preferências, ou o que se entende de critério de juízo.

Valor pode ser considerado como uma possibilidade de escolha, assim, a teoria do valor inclina-se a valer de possibilidades declaradas de escolhas (ABBAGNANO, 2007, p. 993) e que "aquele que nega todos os valores, nada mais vendo neles do que ilusão, não poderá deixar de falhar na vida. Aquele que tiver uma errada concepção dos valores não conseguirá imprimir à vida o seu verdadeiro e justo sentido." (HESSEN, p. 23, 1980).

Os fundamentos gerais e superficiais sobre o valor podem até parecer fáceis, todavia, quando se trata da sua teorização ocorre um embate. Lotze (apud HAUBERT, 2018) e Miguel Reale (1982) defendem que assim como ser é o que se é, então valor é o que vale, enquanto Nader (2019) compreende que a conceituação de ser e de valor são irreduzíveis.

De acordo com Lucília Bastos, a filosofia dos valores é considerado um estudo relativamente novo, mas com algumas correntes principais que valem ser destacadas: o psicologismo axiológico compõe a primeira, destaca que os valores podem ser levados pelo relativismo e subjetivismo, afinal conforme a vivência, os valores podem ser experimentados; a segunda é composta pelo cosmologismo, onde o valor é tido como uma determinação unicamente do ser; já a terceira corrente é composta pelo Neokantismo, o que possui valor ou validade é inserido aqui, na qual a ordem real do ser distingue-se da ordem ideal, e passa a constituir uma esfera de coisas que valem; e para finalizar, o ontologismo preenche a quarta corrente, tido como a coisificação dos valores, ou seja, valores não determinam o modo de

ser de alguém, mas de entes em si (BASTOS, 2006, p. 215-6). De fato, não se pode harmonizar as mais variadas correntes, por isso nada mais importante do que um exame mais profundo sobre tais questões.

Uma questão crucial quanto aos valores é em relação à sua subjetividade e relativismo ou ao seu objetivismo e absolutismo. De um lado se tem o relativismo dos valores que compreende como ponto fundante que todo o valor e valoração condiz com a presunção de uma relação com um sujeito valorante. O subjetivismo axiológico, tem como alguns de seus representantes Ortega y Gasset, Meinong, Christian von Ehrenfels, e defendem que “a tese de que os valores não têm validade por si, visto que o sujeito atribui significado às coisas de acordo com a reação positiva ou negativa que lhe provocam” (NADER, 2019, s/p).

Do outro lado, se tem o caráter absoluto dos valores, o qual diz sobre aqueles que possuem eficácia em si mesmo seja para qual for o espírito. Pode-se listar alguns autores importantes que defendem a dimensão absoluta dos valores entendendo que “a existência dos valores independe do sujeito, pois prescindem de estimativa ou conhecimento. Os valores teriam existência em si e por si” (NADER, 2019, s/p), como Max Scheler, Nicolai Hartmann, Joahannes Hessen.

A axiologia é importante para a filosofia e muito nobre a ela, afinal, apenas por meio daquela que há possibilidades de alcançar terreno sólido para uma renovação da cultura ou quem sabe a elaboração de uma nova cultura com dimensões cada vez mais solidárias (MONDIN, p. 159, 1980). O valor não é um ser em si, muito menos um querer bom ou mau, porém é algo que vem e se institui na subjetividade na relação do ser com as coisas ou mundo, ou consigo mesmo, ou ainda na sociedade em que está inserido, uma vez que “o homem é a fonte de todos os valores porque é inerente é sua essência valorar, criticar, julgar tudo aquilo que lhe é apresentado, seja no plano da ação ou no do conhecimento.” (REALE, 2000).

3. VALORES MORAIS E SOCIAIS

Os valores justificam as ações, e possuem uma profundidade em si, e, para sua realização é admitido inúmeros graus – como exemplo, se tem o “heroísmo da renúncia e o sacrifício de si mesmo, valem eticamente mais que uma simples e pequena transformação moral” (HESSEN, p.60-61, 1980).

Para Miguel Reale não seria correto dizer que valores sejam apenas fatores éticos, servindo para ilustrar acerca da vivência humana, contudo também se trata de elementos constitutivos dessas vivências, o que ele chama de historicismo axiológico. Os quais o ser humano cumpre em sua vivência particular, que vai portando demonstrações por meio do tempo, podendo ser, tanto exemplares como diversas (REALE, p. 201, 2002). Também cumpre dizer que os valores não portam essência ontológica em si, todavia são manifestados nas coisas que possuem valor.

Não se tratando de influência empírica, isolada ou quem sabe individual, mas sim do todo, na universalidade, “como consciência histórica, no processo dialógico da história que

traduz a interação das consciências individuais, em um todo de superações sucessivas" (REALE, p.201, 2002). Cumpre ressaltar, portanto que apenas o homem, dentre todos os seres, é capaz de valores, ou seja, é no ser humano que se acha o valor fundante, intrínseco a ele, que vale por si só.

O homem ao subjugar a terra, formou o mundo da cultura o que se pode dizer à sua imagem e semelhança (REALE, 2002, p. 209), portanto ser é o seu dever ser. A problemática dos valores tem mais a ver com a dificuldade de sua compreensão, ou seja, o impedimento de percepção e não de sua elucidação. Assim tudo que se tem sobre bem cultural só é enquanto deve ser, o que Reale chama de "intencionalidade da consciência" (REALE, 2002, p. 209), a qual se protege como uma constante axiológica fundamental. Em outras palavras, a emissão de um juízo de valor é entendida quando o homem realiza atos durante toda a sua vida, pois é de sua própria essência estar sempre valorando.

Isto também pode ser relacionado ao fato de desejar algo, e assim se faz porque algo parece valioso. Desta forma falar em valorar quer dizer a tudo aquilo que de alguma forma enriquece o ser humano, e, algo possuirá valor quando for apropriada para suprir determinadas necessidades (PAUPÉRIO, 1992). É o exemplo de valor moral, que possivelmente sempre satisfará possíveis necessidades e também exigências morais.

Quando se fala em valores da pessoa, estes podem se desdobrar em inúmeros outros valores, podendo ser dispostos em morais e sociais, e os direitos da personalidade são valores imprescindíveis para a pessoa humana, uma vez que é o direito tido como instrumento possibilitador para a realização dos valores nos momentos da vida social.

Os valores morais advêm da palavra "mores" que corresponde a costumes. A moral pode ser compreendida como normas implícitas em códigos e leis, todavia estão ali contidas regulamentando a ação do homem na sociedade. É comum a palavra moral ser comparada à palavra ética, todavia adiante será mostrado que hodiernamente cada uma tem sua aplicabilidade específica. Para Vázquez (1984), a moral deriva da necessidade coletiva que os homens possuem de relacionarem entre si, todavia, zelando pelo bem de todos, é aquela mescla de regras e normas cujo intuito é regular as interações sociais, não esquecendo a probabilidade de mutação conforme a evolução política e econômica.

É imprescindível pensá-las de forma mutável e flexível. "A Ética é uma ciência da moral, pois questiona ao buscar o porquê e em quais condições determinada ação é considerada boa ou má, até que ponto ajuda a construir a identidade de uma nação, grupo ou pessoa" (RIBEIRO, 2000, p. 137). Para Miguel Reale (2002, p. 42) "a teoria do mínimo ético consiste em dizer que o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver".

Em relação aos valores morais, o posicionamento de Kelsen reflete que o direito é uma ciência desvinculada de qualquer valor, uma ciência jurídica que para ele é uma realidade autônoma e, portanto, ao se realizar uma análise, deve ser distinguido de quaisquer juízos (KELSEN, 1999, p.45). Para o filósofo, a dedicação deve unicamente ser à norma. Havendo um direito moralmente bom e um direito moralmente mau, somente assim é que haverá a justificativa seguida por tal contraposição do Direito positivo pela Moral, todavia há se atentar que esta ideia não encontra mais égide como afirma Paupério (1992, p. 103), já que "a objetividade e a neutralidade axiológica constituem em si valores. E como a neutralidade

axiológica é em si mesma um valor, a exigência de uma total ausência de valores, de uma completa neutralidade valorativa é paradoxal".

O direito positivo em sua normatividade pura não possui força para gerar uma obrigação, mas esta é gerada porque contém valor, ou seja, ocorre a obrigação exatamente por que a norma é vista como legítima e justa (VASCONCELOS, 2006). Ronald Dworkin (2010) compreende que os princípios, com aspectos morais e os integra ao sistema jurídico, já Habermas (1997) afirma que "a teoria dworkiana apoia-se na premissa segundo a qual há pontos de vista morais relevantes na jurisprudência, porque o direito positivo assimilou inevitavelmente conteúdos morais".

De uma forma ou de outra, adota-se nesta pesquisa que os valores morais e sociais estão contidos no direito e também no convívio social, conforme dito anteriormente, é de suma importância inclusive para a evolução das próprias ideias humanas, sendo que a "essência de qualquer sociedade é a reunião moral dos homens ordenada ao bem comum (...)" e que para alcançar este bem comum é "preciso que os interesses privados se subordinam aos interesses supremos da comunidade". (PAUPÉRIO, 1992, p.45).

4. A IMPORTÂNCIA DOS VALORES PARA OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

É da essência do próprio ser humano conhecer e querer, mas também lhe é intrínseco o ato de valorar. Valora-se tudo, e não é possível viver a vida sem proferir constantemente juízos de valor (HESSEN p. 40, 1980). Para Reale, a escolha de algo e conseqüentemente a existência de um sentido só é possível por conta do valor, é por meio deste que aqueles são acarretados (REALE, p.186, 2002). É certo dizer que apenas o homem é passível de valores e por esta razão que a axiologia é válida, sendo que viver - em outras palavras - é escolher seu posicionamento diante de valores, aplicando em sua vida à medida que estes vão engrandecendo a personalidade pessoal ao dar valor ao que se tem ao redor, como aos objetos, aos outros seres humanos e também ao seu próprio eu.

Um exemplo prático sobre a formação de valores trazida por Vásquez (2008) está em torno da prata, que inicialmente ela é uma propriedade física, natural e sensível, ou seja, um objeto natural, e com o passar do tempo, em decorrência das necessidades produzidas passar a possuir outras qualidades, as necessidades são sócio historicamente, e o valor que passa a ter para o homem se altera conforme sua existência social, histórica e cultural.

Diante disto, "os princípios de identidade e de não-contradição governam, como princípios universais, toda ciência e todas as possibilidades de conhecimento." (REALE, p.59, 2002) e, com o universo jurídico não poderia ser diferente. O direito também é detentor de princípios, afinal não é provável que haja ciência não fundamentada em pressupostos, ou seja, uma vez que princípios se caracterizam em verdades, estes juízos fundantes são a base para um emaranhado de juízos. Reale traz o exemplo de um edifício, com suas vigas mestras, as quais são o ponto de referência. Então, quando se tratar de qualquer ciência, esta também terá suas colunas mestras, que lhe conduzirá a um apoio lógico, o que se chama de princí-

pios, para uns, para determinados fins, e para outros, para outras finalidades, todavia, servem de apoio na estrutura geral do conhecimento humano (REALE, p.61, 2002).

Viver sempre implicará em valorar (NADER, 2019). O homem considerando o mundo por meio de perspectivas valorativas incidirá no direito, efeito da cultura humana, indubitavelmente congruente com os valores. Portanto, os valores são fundantes para a formação do Direito e este é consequência de uma polaridade, uma vez que se concretizando elementos axiológicos, satisfazendo ou não as propensões humanas, logrando ou não triunfo, a intenção é de estar sendo concretizados os valores positivos (NADER, p. 52, 2019). Em outras palavras, vale lembrar que os valores são a essência do Direito, contidos nos sistemas jurídicos por meio de normas. No entendimento de Norberto Bobbio "a filosofia do direito pode, consequentemente, ser definida como o estudo do direito do ponto de vista de um determinado valor, com base no qual se julga o direito passado e se procura influir no direito vigente" (BOBBIO, 1995, p. 138).

A essência do direito é formada pelos valores (NADER, 2019). Os valores geram o Direito, e este tem como objetivo proteger a vida em sociedade, levando-a a uma harmonia social. Assim, é imprescindível estudar os valores, pois as normas são a efetivação do valor (FERMENTÃO, p.623, 2011). Os valores humanos atuam na dignidade humana e na ética da pessoa e neste íterim são os direitos da personalidade que tutelam aquilo que se entendem sobre os valores da essência humana: sua dignidade. O direito, além de efetivar valores, também estabelece acerca deles, ou seja, o direito tem como um dos seus componentes o valor.

O homem sempre estará concedendo valor a tudo a seu redor, sendo que viver sempre preteará "ato de criação de meios que viabilizem a existência; a criatividade é seletiva, discriminadora, pois o homem procura desvencilhar-se do que lhe parece o mal e realizar o que lhe parece o bem" (NADER, 2019, s/p) e a ação humana, enquanto objeto cultural gera o valor, desta forma, o direito sempre terá um juízo de valor ao disciplinar as ações humanas e seus relacionamentos, para tal, é necessário uma base ética.

Nem todos os valores derivam da ética, com base em seus princípios morais, como por exemplo, os direitos à saúde, à cultura, aos esportes (NADER, 2019, s/p). Todavia, em sua grande maioria, com intuito de zelar pela integridade da formação da sociedade, os juízos de valor sempre estarão nas futuras realidades jurídicas almejando o justo. Como por exemplo, o direito à vida, à liberdade, o patrimônio são direitos essenciais à humanidade, então quando o direito projeta valores, sempre ansiará pela tutela da dignidade do homem.

Se só é possível conhecer o homem quando se conhece os valores que regem sua vida (HESSEN, 1967), também pode-se compreender o direito, analisando quais os fins que suas normas pretendem atingir. Regular a conduta humana, para o direito, também é tida como uma execução do *ethos*, ou seja, produto da cultura (SALGADO, 2006), nesse mesmo sentido Paupério, (1992, p.47) também compreende que "o direito é obra cultural e, portanto, visa também, como a ética, à criação de valores".

No que tange ao direito de personalidade, este pode ser compreendido como direito inato da pessoa humana, intrínseca da mesma, ou seja, é considerado o primeiro bem da pessoa, como afirma Elimar Szaniawski:

Sob a denominação de direitos de personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do CC

como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos. (SZANIAWSKI, 2005, p.71)

Helmut Coing compreende o princípio da dignidade da pessoa humana de acordo com duas concepções: no primeiro momento imputa-se que a proteção da pessoa humana no que tange à sua integridade, ou seja, serve de impedimento contra práticas ou ofensas físicas e psíquicas contra o ser humano, protegendo de forma geral a sua vida; em segundo momento diz respeito à expressão do direito do ser humano ser respeitado como ser intelectual, que representa então a garantia do direito à autodeterminação, ir e vir, escolher onde viver, etc. (SZANIAWSKI, 2005, p.140).

A dignidade da pessoa humana é o primeiro e último fundamento da pessoa humana que guarda na vida e na morte os direitos individuais, uma vez que além de ser considerado um supra princípio, também é o mais importante de todo sistema. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, inúmeros valores e princípios foram instaurados o que trouxe um novo tempo para uma nova ordem jurídica (MOARES, p.233, 2006), a dignidade da pessoa humana foi eleita como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito. A tutela integral e primordial da pessoa trouxe alteração paradigmática, possuindo valor constitucional, sendo princípio fundamental e tido como elos de todo o sistema (CANTALI, 2009, p.86).

Segundo Kant, "no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade" ou "quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade" (KANT, 1986, p. 77).

É possível considerar inúmeras dimensões sobre a dignidade como: ontológica, comunitária ou social, histórico-cultural, e também a negativa e prestacional. A primeira, quer dizer que a dignidade é algo inerente ao ser humano, a segunda é que todas as pessoas são iguais em dignidade e direito, a terceira, ele entende sendo inequívoca, uma vez que o conceito está sempre em um processo de construção em si, e também para responder às necessidades sociais, e por fim, leva-se em consideração que a dignidade pode ser manifesta ao mesmo tempo com o que se chama de autonomia da pessoa, ou em outras palavras, o que se entende de direito de autodeterminação para tomada de decisões que é própria à pessoa (SARLET, 2007, p.30-33).

O direito geral da personalidade resguarda o homem em toda e qualquer circunstância, levando em consideração que a proteção de tal tutela tem como objetivo de preservar, em todas as situações, a dignidade da pessoa humana (PERLINGIERI, 1972, p.186). Com a valorização da pessoa humana, percebe-se que a conceituação de personalidade sofreu mudanças, não apenas em relação a sua capacidade de ser sujeito de direitos, ou seja, a personalidade deve ser considerada como uma expressão intrínseca e da própria pessoa, ou seja, consequentemente relacionada à pessoa, logo também ao valor.

O direito é um valor e permanece no que se chama de estado do imaginário até que a norma jurídica o incorpore, trazendo à tona sua vigência e efetividade (FERMENTÃO, 2011, p.624), na relação entre o valor e o direito, tem-se uma intimidade que visualiza facilmente pela perspectiva ontológica, e sempre que valores surgem, o direito é enriquecido. Este é composto por finalidades, tradições, significados, valores, etc. Ambos nascem principiam

do corpo social e só assim fazem quando são instigados por inevitabilidade exposta. Importante atentar que “se os valores se apoiam no consenso são mutáveis de acordo com o grupo social, o tempo e o espaço” (FERMENTÃO, 2011, p. 624).

É no decorrer do tempo que os direitos vão surgindo baseado nos valores, garantindo-os e protegendo-os. No tocante aos direitos da personalidade não é diferente. Os valores que compreendem a personalidade humana são tutelados pelo direito da personalidade, igualmente a quaisquer outras privações humanas. O valor humano é inerente ao homem, intrínseco a ele, portanto para estruturar moralmente e eticamente, surge o valor do direito, seguido do valor justiça, cujo âmago é a igualdade. A finalidade última é a justiça, sendo que a base da ordem jurídico normativa é o valor e o direito é o meio da justiça (FERMENTÃO, 2011, p. 625).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o objetivo de elucidar uma revisão teórica de estudos que versam sobre a filosofia dos valores – axiologia – e empreender uma análise crítico reflexiva dos textos levantados, realizou-se uma verificação bibliográfica que perfez na composição de uma condensação histórico epistemológica da axiologia, demonstrando convicções de estudos axiológicos desenvolvidos nos últimos anos, na seara da filosofia dos valores.

Todos os seres humanos, em sua individualidade de ser e pensar, possuem valores, e estes principiam suas ações como bússola, tornando tais atitudes e desenvolvimento, um reflexo do que tem sido norteado. A ação humana precisará, portanto, se adequar ao agir dos outros membros da sociedade. Portanto, quando se tratou de valores morais e sociais, entendeu-se que passaram a ser comuns entre todos, ou seja, a adoção desta forma comum é uma premissa axiológica que conclui a percepção da existência da vida humana no mundo.

Os valores surgem no interior de um grupo social, o valor aceito pelo homem está relacionado ao valor social, onde o mesmo fixou as suas raízes. Os costumes de determinada sociedade estruturam os valores interiores do homem que nela vive, podendo ser entendido que dos valores morais e sociais se estruturam aos direitos personalíssimos da pessoa integrante em tal grupo social.

Os valores são considerados como propriedade das representações sociais, caracterizando-se como instituídos e instituintes da formação histórica do homem e da sociedade. Desta forma os valores são tidos como norte das opções de escolhas interligadas aos conhecimentos concebidos e também por meio de representações sociais, mas também possuem força que impulsiona os conhecimentos e reorganizam aqueles saberes provindos da experiência.

A teoria de valores foi reconhecida após inúmeras correntes somarem com conceituações particulares, e, no século XX o termo com sua significação passou a ser diferenciado do que se entendia como bem e como ser, e evidenciou-se no tocante ao humano

Os valores moldam tudo que há de ações em sociedade e basilares para o convívio social do homem, portanto viu-se que os valores tratam de elementos culturais, previamente

criados e desenvolvidos pelos povos para que haja uma qualidade de vida e esta seja alcançada, dentre estas maior justiça, maior paz, maior acesso a direitos sociais. Diante disso, percebeu-se que não há dúvidas de que os valores, se tratam de fundamentos sociais e culturais, e são flexíveis, passíveis de alteração conforme as próprias mudanças e avanços da sociedade. As gerações são atualizadas, são transformadas, são modernizadas e com isso, não se pode olvidar de que sempre estarão procurando alterações para adotar melhores métodos de vida. Os princípios se caracterizam em verdades e juízos fundantes são a base para um emaranhado de juízos.

Uma questão crucial quanto aos valores é em relação à sua subjetividade e relativismo ou ao seu objetivismo e absolutismo. De um lado se tem o relativismo dos valores que compreende como ponto fundante que todo o valor e valoração condiz com a presunção de uma relação com um sujeito valorante. Do outro lado, se tem o caráter absoluto dos valores, o qual diz sobre aqueles que possuem eficácia em si mesmo seja para qual for o espírito.

O homem considerando o mundo por meio de perspectivas valorativas incidirá no direito, efeito da cultura humana, indubitavelmente congruente com os valores. Portanto, os valores são fundantes para a formação do Direito e este é consequência de uma polaridade, uma vez que se concretizando elementos axiológicos, satisfazendo ou não as propensões humanas, logrando ou não triunfo, a intenção é de estar sendo concretizados os valores positivos.

O direito de personalidade é um direito fundamental, enquanto que o princípio da dignidade da pessoa humana é uma cláusula geral de proteção da personalidade no Brasil. A conceituação da dignidade é multidisciplinar, originário, derivado, inderrogável, tanto que é muito comum de ser confundido com o conceito de personalidade, é tida como um princípio matriz, gerador de outros direitos fundamentais.

O presente artigo que delineou, cronologicamente, a evolução e o amadurecimento da concepção sobre o conceito de valor, e principalmente a sua aceitação dentro do universo jurídico, tem-se a noção de que o Direito não se interpreta por si só, e, para que seja aplicado, deve ser interpretado e que o ser humano é pessoa e, como tal, possui capacidade e personalidade, considerando que a capacidade de agir é que dá à pessoa personalidade, o que o distingue. Por meio da personalidade, o homem torna-se responsável pelas obrigações e, por meio da liberdade, alcança o "status" de ser humano e, como tal, tem o direito à sua dignidade, como direito de personalidade tutelado pelo Estado. Para que isto ocorra, é indispensável subjuga-los a valores.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, N. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007.

ARISTÓTELES. *Aristóteles: vida e obra*. Trad: Editora Nova Cultura. São Paulo: Nova Cultura, 1999.

BAMBIRRA, Felipe Magalhães. *Legados da Antiguidade ao Direito e à moderna Filosofia dos Valores*. Revista do CAAP. Afonso Pena, MG, p. 7-52, 2008. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:CW0XMJb7CkoJ:https://revistadoaacp.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/download/11/10+&cd=4&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 15 dez 2019.

BASTOS, Lucília Izabel Candini. *Valores, princípios e regras*. Revista Jurídica do Uniaraxá, Araxá (MG), v. 10, n. 9, p. 211-227, 2006.

BRENTANO, F. *Psychology from an empirical standpoint*. London: Routledge, 1995.

BRENTANO, F. *El origen del conocimiento moral*. Trad. Manuel Garcia Morente. Madrid: Tecnos, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A teoria do ordenamento jurídico*. In: O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Editora Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Positivismo Jurídico. Lições da filosofia do direito*. 1.ed. São Paulo: Ícone Editora. 2017.

BRENTANO, F. *Psychology from an empirical standpoint*. London: Routledge, 2002.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

HAUBERT, Laura Elizia. *Hermann Lotze: observações sobre o conceito de linguagem na obra 'Microcosmus'*. Guai-racá Revista de Filosofia, Guarapuava, PR, v. 34, n. 1, p. 60-88, 2018.

HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. Trad. L. Cabral de Moncada. 5.ed. Coimbra: Armeni Armada, 1980. Coimbra: Armênio Amado, 1980.

FERMENTÃO; SILVA. *A tutela dos valores interiores e da consciência humana pelo direito da personalidade*. Revista Jurídica Cesumar. Maringá, PR, v.11, n. 2, p. 615-632, 2011. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2078>. Acesso em: 13 jul 2019.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JAEGER, W. *Paideia: a formação do homem grego*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

JODELET, D. *Experiência e representações sociais*. In MENIN, Maria Suzana De S.; SHIMIZU, A. de M. *Experiência e Representação Social: questões teóricas e metodológicas*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad: Paulo Quintela. Lisboa: Ed.70, 1980.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Revista Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, RJ, v. 9, n. 29, p 233-258, 2006. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/295/267> Acesso em: 30 out 2019.

MONDIN, Battista. *Introdução à Filosofia: Problemas, Sistemas, Autores, Obras*. São Paulo: Editora Paulus, 1980.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 788530982805. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982805/>. Acesso em: 05 Mai 2020.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PAUPÉRIO, Artur Machado. *Introdução ao estudo direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PEDRO, Ana Paula. *Ética, moral, axiologia e valores: confusões e ambiguidades em torno de um conceito comum*. In: Kriterion: Revista de Filosofia, v. 55, n. 130, 2014.

PEREIRA, Rosane Maria Batista. *O sistema ético-filosófico dos valores de Max Scheler*. Porto Alegre: Est. Edições, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. *La personalià umana nell'orfinamento giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1972.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Editora Scipione, 2002.

REALE, Miguel. *Experiência e cultura*. Campinas: Bookseller, 2000

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

RIBEIRO, J. C. *A ética como fator de resistência no jornalismo*. In: Revista Brasileira de Ciências da Comunicação, v. XXIII, n. 2, p. 137-141 jul./dez. 2000.

SALGADO, Joaquim Carlos. Prefácio in: BROCHADO, Mariá. *Direito e ética: a eticidade do fenômeno jurídico*. São Paulo: Landy, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 9, p. 361-388, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137/131S>. Acesso em: 25 nov 2019.

SCHELER, MAX, *Le Formalisme en Étique, et L'Étique Materiale des Valeurs*. 7.ed. Paris: Gallimard, 1955.

SCHELER, MAX, *On Feeling, Knowing, and Valuing*. Chicago: London Press, 1992.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VALADIER, PAUL, *A Anarquia dos Valores*. Lisboa: Piaget, 1999.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

VÁZQUEZ, A. S. *Ética*. Trad. João Dell'Anna. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

Recebido/Received: 26.08.2019.

Aprovado/Approved: 26.07.2020.

(RE)SIGNIFICAÇÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: A COBRANÇA DE IPTU SOBRE BENS PÚBLICOS E SEUS EFEITOS SOBRE A ARRECADAÇÃO FISCAL NA CIDADE DE IMPERATRIZ-MA

(RE) SIGNIFICANCE OF RECIPROCAL TAX IMMUNITY:
THE COLLECTION OF IPTU ON PUBLIC GOODS AND THEIR EFFECTS
ON TAX COLLECTION IN THE CITY OF IMPERATRIZ-MA

DENISSON GONÇALVES CHAVES¹
GISELLE PACHECO LIMA²

RESUMO

As constantes decisões do Supremo Tribunal Federal são de grande importância para a aplicação e interpretação dos textos legislativos. A finalidade desse trabalho é identificar os impactos causados ao fisco municipal de Imperatriz-MA, frente a mudança de entendimento do STF no RE 601.720/ RJ, sobre a inaplicabilidade da imunidade recíproca à propriedade imóvel pública quando cedida a particulares. Trata-se de uma pesquisa empírica, com levantamento de dados e análises preliminares, sobre o sistema de arrecadação da SEFAZGO de Imperatriz-MA. A pesquisa foi realizada com levantamento bibliográfico, documental e de campo, com entrevistas preordenadas e tendo por abordagem o método qualitativo e quantitativo. O estudo sobre a imunidade recíproca aplicável ao IPTU permitiu a correta delimitação do campo de incidência do tributo, de igual modo, o levantamento dos conceitos e modalidades das formas de concessão dos bens públicos, permitiu a percepção da evolução da suprema corte, quanto a preservação do sistema federativo. Por mais que, a busca dos impactos do RE 601.720/RJ, na arrecadação fiscal de Imperatriz-MA não tenha alcançado os resultados pretendidos, foi possível analisar o sistema de arrecadação municipal, identificando suas falhas, e problemas e a exposição de possíveis soluções para os problemas.

PALAVRAS-CHAVE: Imunidade recíproca. IPTU. Bens Públicos. Sistema Federativo.

1 Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará. Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (UFMA); Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA); Professor na Universidade Federal do Maranhão (UFMA); Professor na Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA); Pesquisador no Grupo de Pesquisa Cultura, Direito e Sociedade; Coordenador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI). ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-2512-5347>. E-mail: denissongoncalves@gmail.com.

2 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2075932683156058>. E-mail: gisellepacheco48@gmail.com

Como citar esse artigo/How to cite this article:

CHAVES, Denisson Gonçalves; LIMA, Giselle Pacheco. *(Re)significação da imunidade tributária recíproca: a cobrança de iptu sobre bens públicos e seus efeitos sobre a arrecadação fiscal na cidade de Imperatriz-MA*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 2, p. 82-101, Maio/Ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i2.6923>

ABSTRACT

The constant decisions of the Federal Supreme Court are of great importance for the application and interpretation of legislative texts. The purpose of this work is to identify the impacts caused to the municipal treasury of Imperatriz-MA in the face of the change of understanding of the STF in RE 601.720 / RJ, on the inapplicability of reciprocal immunity to public property when ceded to individuals. It is an empirical research, with data collection and preliminary analyzes on the system of collection of the Imperatriz-MA SEFAZGO. The research was carried out with a bibliographical, documentary and field survey, with preordered interviews and having as approach the qualitative and quantitative method. The study on the reciprocal immunity applicable to the IPTU allowed the correct delimitation of the tax incidence field. Likewise, the survey of the concepts and modalities of the transfer of the public goods allowed the perception of the evolution of the supreme court regarding the preservation of the system federative. Although the search for the impacts of RE 601.720 / RJ, in the tax collection of Imperatriz-MA did not achieve the desired results, it was possible to analyze the municipal collection system, identifying its failures, problems and exposure of possible solutions for them.

KEY-WORDS: Mutual immunity. IPTU. Public Goods. Federative System.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como campo temático a imunidade tributária recíproca: a cobrança de IPTU sobre bens públicos e seus efeitos sobre a arrecadação fiscal em Imperatriz-MA. A justificativa acadêmica pelo presente estudo surgiu mediante o julgamento do RE 601.720/RJ pelo Supremo Tribunal Federal (STF) onde decidiu-se pela aplicação do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) sobre um bem público que se encontrava cedido à empresa privada, entendendo que a imunidade recíproca não alcançava o imóvel, haja vista a empresa exercer uma atividade com fins lucrativos e, por conseguinte, obter uma vantagem concorrencial frente as demais empresas.

Essa pesquisa se justifica pela necessidade de se compreender o conceito de "justiça fiscal" tão veemente defendida pelos ministros da Suprema Corte no julgamento do recurso, a consequente reestruturação do sistema de arrecadação fiscal, bem como a possibilidade de aumento da arrecadação dos municípios e a probabilidade de extensão do custeio de suas despesas.

Destarte, segundo dados da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em 2012 a tributação sobre a propriedade correspondia a 6% da arrecadação no Brasil, enquanto que a do consumo chegava a 44% do total, realidade que afeta ainda diretamente a classe mais pobre do país, pois quem "ganha menos paga mais, em contraste com aquele que ganha mais e paga menos" (CURI, 2007).

Tendo em vista a relevância da mudança jurisprudencial do STF para a arrecadação fiscal do IPTU pelos Municípios, o presente estudo estabelece como problema de pesquisa: *Quais os efeitos produzidos ao fisco municipal pela recente mudança jurisprudencial do STF, quanto a inaplicabilidade da imunidade recíproca à propriedade imóvel pública cedida a particulares?* Assim, o objetivo geral é identificar os principais desafios que se apresentaram ao governo municipal quanto à cobrança do IPTU e a aplicabilidade da nova interpretação dada pelo STF e, para tanto, se buscará compreender o instituto da imunidade tributária recíproca

aplicável ao IPTU, levantar as formas de cessão de bem públicos atinentes ao IPTU sobre a ótica da RE 601,720 RJ e, analisar seus impactos na fiscalização e arrecadação do IPTU no Fisco Municipal de Imperatriz-MA.

Para o efetivo desenvolvimento dos objetivos específicos e a conseqüente análise e formulação da argumentação, adota-se como processo metodológico uma abordagem quantitativa e qualitativa, com estudo bibliográfico, análise documental e pesquisa de campo através de entrevistas preordenadas. Sem o anseio de estabelecer um discurso definitivo ou juízos de valor sobre as questões pesquisadas, busca-se analisar os conceitos basilares tratados nesta pesquisa, contribuindo com novas reflexões e projeções sobre o objeto de estudo.

2. CONCEITOS DE BASE: DAS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS E SUA RELAÇÃO COM O IPTU

Observando-se as relações sociais e institucionais, pode-se notar uma intensa relação entre o Estado e a cobrança de tributos. O que no início era uma simples recompensa, paga pelas tribos aos guerreiros mais fortes, em um dado momento passou a ter um caráter impositivo (MONTEIRO, 2018).

Em um Estado Democrático de Direito a soberania³ pertence ao povo, como bem denota a Constituição Federal (CRFB), em seu art. 1º, parágrafo único "Todo poder emana do povo" (BRASIL, 2018, p. 22), inclusive o poder tributário. Poder operante do Estado, o qual se manifesta através de uma relação jurídico-tributária que delimita suas competências e, por conseguinte, suas imunidades (MARTINS, 2003)

A competência tributária conceitua-se como uma autorização e limitação constitucional ao exercício do poder tributário do Estado, melhor dizendo, é uma prerrogativa de que são portadores os entes federativos, e que lhes possibilita legislar sobre a produção de leis e normas jurídicas tributárias (CARVALHO, 2012).

Todavia, a imunidade tributária pode ser conceituada como a competência tributária em sentido negativo, sendo assegurada a algumas pessoas, em determinadas situações, afastando o poderio do Estado sobre a imposição de certos tributos, inclusive sua competência (PERES, 2018). Dessa forma, ela veicula-se a um mandamento constitucional ou a lei máxima de uma nação, que afasta não a incidência do tributo, mas a própria competência tributária (RUEDELL, 2013).

A doutrina majoritária conceitua imunidade como limitação ou exclusão da competência de tributar. Entretanto, Paulo Barros de Carvalho (2012) afirma que a imunidade não é uma limitação constitucional à competência tributária, mas ao poder de tributar, pois o que limita a competência vem em sentido contrário a ela, buscando reprimi-la ou amputá-la. Função

3 Nas palavras do constitucionalista Kildare Gonçalves Carvalho: "É a soberania, pois, uma qualidade, a mais elevada, do poder estatal, e não o próprio poder do Estado, significando, no plano interno, supremacia e superioridade do Estado sobre as demais organizações e, no plano externo, independência do Estado em relação aos demais Estados" (CARVALHO, 1999. p. 71).

que não pertence a norma imunizante, visto que ela colabora com o desenho do campo de competência na esfera constitucional, nos quais as pessoas políticas haverão de operar.

Dessa forma, se incluem nas limitações constitucionais ao poder tributante, além das competências tributárias entre os entes federados, os princípios da legalidade, anterioridade, irretroatividade, capacidade contributiva, isonomia, vedação ao confisco, e a própria imunidade tributária (SCAFF, 2018).

2.1. PARALELO ENTRE IMUNIDADE, ISENÇÃO E NÃO INCIDÊNCIA

Precedentemente à continuidade do estudo das imunidades, se faz necessário a sua distinção do instituto da isenção e da não incidência.

A imunidade tributária, conforme o que foi citado, nasce de uma norma constitucional que estabelece a incompetência dos entes tributantes para expedir regras instituidoras de fatos geradores (WIESE, 2012, p. 14). Nela não há a obrigação tributária, pois não ocorre o fato gerador do tributo descrito pela hipótese de incidência.

A isenção ao contrário da imunidade, encontra-se no plano infraconstitucional, no qual o legislador dispensa o contribuinte do pagamento do tributo. Nesse caso, há a ocorrência do fato gerador descrito pela hipótese de incidência surgindo a obrigação, entretanto, não ocorre o lançamento do tributo, e, por conseguinte, não se constitui o crédito tributário.

Já a não incidência está ligada a própria norma de tributação, aquela que descreve a hipótese de incidência do tributo: "Esta norma descreve a situação de fato, que quando realizada, faz nascer o dever jurídico de pagar o tributo. Tudo o que não esteja abrangido por tal descrição constitui hipótese de não incidência tributária." (WIESE, 2012, p. 24).

Em síntese, a isenção é exceção legalmente qualificada por outra Lei, a imunidade é a vedação constitucional à tributação e a não incidência é fato deixado de fora da tributação pelo legislador, seja expressamente ou tacitamente (WIESE, 2012, p. 25).

2.2. DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA

O art. 150, VI, da Constituição Federal elenca os diversos tipos de imunidades, como a imunidade tributária recíproca, a imunidade religiosa, a imunidade de partidos políticos, dentre outros.

A imunidade recíproca (art. 150, IV, "a" da CF/88) é a impossibilidade de cobrança de impostos pelos entes federados sobre rendas, patrimônio e serviços uns dos outros.

Ela surge primeiramente com a independência das colônias americanas da corte britânica, no projeto federalista, elaborado por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. Em seu surgimento, tinha como objetivo instigar a capacidade do novo governo de se auto financiar, pois o dinheiro era e ainda é considerado uma ferramenta essencial do organismo político, é aquele que sustenta a vida, movimenta e capacita o Estado na execução de suas funções essenciais. (HAMILTON, 2003).

Surge então, no contexto americano, um “federalismo de competição”, cuja rivalidade entre os Estados (lado forte) e o governo central (lado franco), somado a ausência de uma regra constitucional sobre determinadas competências, propiciaram o julgamento do caso *McCulloch v. Maryland*, em 1819, considerado como a origem da imunidade tributária, ou em termos próprios o princípio da *reciprocal immunity of federal and state instrumentalitie* (BALEEIRO, 2015).

Em 1791, é criado o Banco dos Estados Unidos da América a fim de regular o comércio e a moeda por todo território nacional. Alguns anos depois, o banco estabeleceu uma filial na cidade de Baltimore no Estado de *Maryland*.

Destarte, o Estado começou a exigir dessa sucursal o imposto sobre a selagem das estampilhas, ato que foi rechaçado pelo então caixa do banco o senhor James McCulloch.

O entrave foi levado à Suprema Corte em 1819, então presidida pelo *Chief of Justice* Jonh Marshall. Tal julgamento buscava responder duas perguntas diversas, a primeira era se o Congresso tinha o poder de criar um banco, bem como estabelecer filiais; a segunda questão era se o Estado de *Maryland* poderia taxar a filial do banco sem violar a Constituição.

Segundo Marshall, a resposta da primeira pergunta se encontrava na autonomia dada a União para cada Estado federado na promulgação de sua Constituição. Pois, embora os poderes da União fossem limitados, seu governo era supremo dentre os demais e, suas leis, assim que elaboradas em observância a Constituição, tornavam-se supremas no país.

Nesse sentido, a Constituição Americana dava ao Congresso o poder de elaborar quaisquer leis que se fizessem necessárias para o exercício pleno de seus poderes, fato que justificava a possibilidade de criação do Banco dos Estados Unidos bem como de sua filial.

O entendimento da suprema corte relembra a teoria dos poderes implícitos, tese defendida por Alexander Hamilton, segundo o qual, embora a Constituição não explicita em seus dispositivos normativos determinados poderes, estes lhe estariam sujeitos implicitamente no corpo jurídico e em seus demais artigos.

Por sua vez, na busca da resposta a segunda pergunta (a possibilidade de tributação), se estabeleceu a tese da imunidade recíproca, criada sob os seguintes axiomas (LIMA, 2011):

- a) O poder de criar implica o poder de preservar;
- b) O poder de destruir, quando exercido por um estranho, é hostil e incompatível com os poderes de criar e preservar;
- c) Sempre que tal incongruência existe, aquela autoridade que é suprema deve prevalecer.

No contexto jurídico brasileiro, a forma federativa de estado adveio com a proclamação da república em 1889. Uma vez que a federação é definida como forma de Estado, tal fato traz como reflexo a incidência do princípio federativo para o ordenamento pátrio (ARENHART, 2013).

Fazendo essa relação entre a tributação e autonomia de cada ente federado, Almicar de Araújo Falcão (1957, p. 3-4) leciona que a previsão da imunidade recíproca no ordenamento jurídico visa “resguardar a incolumidade do regime federativo, evitando que as unidades federadas interfiram, pela via da tributação, na área de competência e autonomia uma das outras”. Portanto, a autonomia é o princípio jurídico motriz do dever de reciprocidade.

O segundo princípio que fundamenta a existência da imunidade recíproca é o princípio da isonomia. Ora, se na relação de tributação, em uma primeira análise, existe uma supremacia de quem tributa sobre quem é tributado, logo não se pode tributar os entes federativos. Pois entre as pessoas políticas reina a mais absoluta igualdade jurídica. "Uma não se sobrepõe às outras. Não, pelo menos, em termos jurídicos. É o quanto basta para afastarmos qualquer ideia de que podem sujeitar-se a impostos." (QUEIROZ, 2017, p. 67).

2.3. DO IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL URBANA – IPTU

A regra matriz de incidência tributária é conhecida também como a norma tributária, sendo uma espécie de norma jurídica, possuindo a capacidade de definir a incidência fiscal do tributo. Esta se configura inicialmente como um conjunto de juízos hipotéticos-condicionais (CARVALHO, 2012, p. 171), havendo uma hipótese no antecedente e um mandamento no consequente.

Na hipótese, encontra-se um critério material (comportamento de uma pessoa), condicionado no tempo (critério temporal) e no espaço (critério espacial). Já na consequência, depara-se com um critério pessoal (sujeito ativo e sujeito passivo) e um critério quantitativo (base de cálculo e alíquota). A junção desses dois dados resulta na possibilidade de exibir, de forma plena, o núcleo lógico-estrutural da norma-padrão de incidência tributária (CARVALHO, 2012).

Conforme dispõe o art. 156, I da CF/88, o IPTU incidirá sobre a propriedade predial e territorial urbana localizados na zona urbana do município. Assim, o aspecto material da regra-matriz de incidência do IPTU, como bem menciona Furlan (2010), é a situação de ser proprietário do bem imóvel.

O aspecto espacial reputa-se ao conjunto que delimitam o lugar de ocorrência do fato gerador. O Código Tributário Nacional (CTN) em seu art. 32, § 1º traz uma definição geral de delimitação do perímetro urbano dos municípios em todo país.

Para tanto, qualquer área que contenha ao menos dois melhoramentos explicitado pelos incisos do §1º do art. 32 do CTN poderá, conforme lei municipal tornar-se zona urbana e passível de aplicação do IPTU.

O aspecto temporal da norma de incidência refere-se ao momento em que nasce a obrigação tributária, tendo como regra e, seguida pela grande maioria dos municípios, o dia 1º de janeiro de cada exercício como momento de lançamento do IPTU.

O aspecto pessoal, refere-se as pessoas representadas nessa relação jurídico-tributária, que conforme o art. 34 do CTN, tem como contribuinte o proprietário do imóvel, o titular de seu domínio útil e o possuidor a qualquer título.

Compõem o aspecto quantitativo da regra matriz de incidência a base de cálculo, que conforme disposto no art. 33 do CTN, é o valor venal do imóvel, não incluindo o valor dos bens móveis que nele estejam permanentemente ou temporariamente. Ela também é composta pela alíquota, sendo está um percentual acrescido a base, possibilitando um valor exato do

tributo. As alíquotas precisam ser fixadas em lei municipal, observando o princípio da capacidade econômica e do não confisco (SÁ, 2013).

A CF em seu §4º do art. 182, acentua ainda que na composição da base de cálculo poderá incidir um caráter progressivo do IPTU, autorizando o Poder Público Municipal mediante lei específica, observada a lei federal, exigir do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova sua adequação sob pena de cobrança progressiva do IPTU.

Muitos são os doutrinadores que consideram o caráter progressivo do IPTU como um instrumento regulador da função social da propriedade. Nesse sentido, Carrazza (2019) relaciona a progressividade do IPTU com a capacidade de pagamento dos contribuintes. Argumenta o respectivo autor que a busca de igualdade entre estes deve ser norteada pelo princípio da isonomia, alçando a superação das injustiças e desigualdades sociais (TRINIDADE; RIBEIRO, 2018).

3. DA CONCESSÃO DE USO DE BENS PÚBLICOS POR PARTICULARES

Não existe uniformidade de pensamento entre os doutrinadores sobre a definição do conceito de *concessão*. Grande parte dos autores italianos, em especial Cino Vitta (1962), atribui ao vocábulo *concessão*, à aceção de todo e qualquer ato da Administração Pública que outorgue direitos ou poderes ao particular.

Por outro lado, autores como Santi Romano (2008) tem uma perspectiva restritiva, dividindo-a em duas espécies: translativa e constitutiva, admitindo-se em acréscimo a existência de concessão de serviço público, de obras públicas e de uso de bens públicos, pensamento também compartilhado pela maioria dos autores franceses. E por último, temos os doutrinadores que atribuem ao termo *concessão* tão somente às espécies de serviços públicos.

O direito brasileiro admite as seguintes modalidades de concessão:

- a) Concessão de serviço público, em sua forma tradicional, conforme dispõe a Lei nº 8.987 de 1995;
- b) Concessão patrocinada, prevista na Lei nº 11.079 de 2004, é uma espécie de parceria público-privada;
- c) Concessão de obra pública, também disciplinada pela Lei nº 8.987/95 e pela Lei nº 11.079/04;
- d) Concessão administrativa instituída pela Lei nº 11.079, como uma outra modalidade de parceria público-privada;
- e) Concessão de uso de bem público, acrescido ou não de exploração do bem, regularizada por legislação esparsa. Esta é objeto de análise nesta pesquisa.

Portanto, este capítulo se estruturará na conceituação da concessão de uso de bem público bem como suas modalidades e na análise jurisprudencial do tema, frente à possibilidade de cobrança do IPTU sob a ótica do RE 601.720/RJ (STF).

3.1. DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO

A concessão de uso é um contrato administrativo no qual a Administração Pública transfere ao particular o uso de bem público, cuja natureza "é de contrato de direito público, sinalagmático, oneroso ou gratuito, comutativo e celebrado *intuitu personae*." (MELO, 2013).

Celso Antonio Bandeira de Melo (2013), compreende que a concessão é o produto de um acordo de vontades entre o concedente e o concessionário, objetivando a formação de um vínculo jurídico que seria regido por normas complementares e unilaterais organizadas pela concedente, sobre os meios, modos e formas que se realizariam o ato jurídico, decorrendo pois de ato convencional e não contratual.

De forma semelhante, pensa também Gaston Jèze (1914), que limita o instituto ao aspecto contratual, isto é, só a concessão de um serviço público, entendendo que não há uma finalidade ou um objeto na ocupação do domínio público, portanto, não haveria um contrato, mas um ato unilateral de gestão do bem público.

O direito brasileiro partilha da tese contratualista, muito bem representada pelo conceito do professor Hely Lopes de Meirelles:

A concessão pode ser remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, mas deverá ser sempre precedida de autorização legal e, normalmente, de licitação para o contrato. Sua outorga não é nem discricionária nem precária, pois obedece a normas regulamentares e tem a estabilidade relativa dos contratos administrativos, gerando direitos individuais e subjetivos para o concessionário, nos termos do ajuste. Tal contrato confere ao titular da concessão de uso um direito pessoal de uso especial sobre o bem público, privativo e intransferível sem prévio consentimento da Administração, pois é realizado *intuitu personae*, embora admita fins lucrativos. É o que ocorre com a concessão de uso remunerado de um hotel municipal, de áreas em mercado ou de locais para bares e restaurantes em edifícios ou logradouros públicos. (2016, p. 296)

Nesse contexto, a concessão de uso pode ser dividida em duas modalidades, a primeira sendo concessão administrativa de uso, que somente transmite ao concessionário um direito pessoal intransmissível a terceiros. A segunda como a concessão de direito real de uso, que distribui a terceiros por sucessão legítima e testamentária ou por ato *inter vivos*, o uso de bem como um direito real.

A concessão de direito real, encontra-se regulada no Decreto-Lei n.º 271 de 28 de fevereiro de 1967, que no art. 7º dispõe que a Administração transfere ao particular o uso remunerado ou gratuito de terreno público, como um direito real e resolúvel, respondendo o concessionário por todos os encargos que sobrevenham sobre o imóvel, sejam eles de natureza civil, administrativa ou tributária (SANTOS, 2016).

Entretanto, encontram-se mais algumas diversidades de modalidades de concessão de uso de bens públicos, como a *concessão de exploração*, onde a administração confere ao concessionário o poder de gestão dominial, podendo este explorar o bem, tendo como exemplo a concessão de exploração de minério, petróleo e extrativismo vegetal.

Temos também a *concessão temporária* e de *utilidade pública* a exemplo a de águas e energia, ou *perpétua* ou de *utilidade privada*, como as de sepultura, ou de exploração de campos de algas.

Portanto, é de extrema importância à identificação da natureza jurídica do contrato existente entre a Administração Pública e o terceiro, pois é a partir dele que se verificará a possibilidade de incidência do IPTU sobre o imóvel, sendo este de direito real ou pessoal.

3.2. UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO RE 601.720/ RJ (STF)

O plenário do Supremo Tribunal Federal em 19 de abril de 2017 julgou o recurso extraordinário sob o nº 601.720/RJ oriundo de uma ação anulatória de débito fiscal, ora promovida pelo Município do Rio de Janeiro para cobrança de IPTU sobre imóvel da União, administrado pela INFRAERO.

O pleito guiou-se na análise da possibilidade de cobrança de IPTU sobre um bem imóvel que embora pertencesse a união, foi concedido a empresa privada exploradora de atividade econômica, Barrafor Veículos *Ltda*, figurando essa como recorrida no caso em questão.

Em seu voto o Min. Edson Fachin, relator do recurso, lembrou a natureza jurídica da INFRAERO, sendo ela pessoa jurídica de direito privado, constituída na forma de empresa pública sob autorização da Lei 5.862/72, tendo por função a administração, operação e exploração de infraestrutura aeroportuária.

O Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA) em seu art. 38 positivou que os aeroportos estão equiparados a bens públicos federais, permitindo que neles existam estabelecimentos empresariais. Anteriormente o STF, em sede de repercussão geral, havia estendido a imunidade tributária à INFRAERO, na qualidade de prestadora de serviço público, nos seguintes termos:

RECURSO. Extraordinário. Imunidade tributária recíproca. Extensão. Empresas públicas prestadoras de serviços públicos. Repercussão geral reconhecida. Precedentes. Reafirmação da jurisprudência. Recurso improvido. É compatível com a Constituição a extensão de imunidade tributária recíproca à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO, na qualidade de empresa pública prestadora de serviço público (STF, BRASIL, 2011)⁴

O relator negou provimento ao recurso declarando que o contrato de concessão estabelecido entre as partes é de natureza obrigacional. Porém, mesmo estando a concessionária com a posse direta do bem, trata-se de relação precária, permanecendo ainda, a propriedade na esfera patrimonial da União Federal. Não podendo a concessionária, por força de lei municipal, figurar como sujeito passivo da obrigação tributária, porquanto o imóvel é qualificado como bem público federal e, ainda que destinado a exploração econômica, é imune a tributos conforme dispõe o art. 150, VI, "a" da CF/88.

Entretanto, o Min. Alexandre de Moraes, ao argumentar a origem das normas de imunidade, lembrou alguns *casos* julgados pela corte americana, como por exemplo, o de *Helvering v. Power e Allen v. Regents of University of Georgia*, onde se determinou que "as

4 Trata-se do ARE-RG 638.315, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 31.08.2011.

imunidades recíprocas deveriam ser aplicadas somente em relação ao exercício das competências governamentais, não tendo incidência nas questões de natureza comercial" (BRASIL, 2017)

O supracitado ministro reafirmou a interpretação dada pela Corte ao significado jurídico da imunidade recíproca, sendo ela uma verdadeira garantia de preservação do sistema federativo, acrescentando ele que a legitimação da imunidade se dá de fato através da vinculação às finalidades públicas do Estado.

Fazendo alusão ao voto do Min. Joaquim Barbosa na relatoria do RE 434.251, e a interpretação dada por ele ao art. 150, VI, a, é possível condicionar a aplicação da imunidade recíproca pela observação de três quesitos:

- 1) A imunidade deve abranger as propriedades, bens e serviços dos entes federativos que à utilizem na satisfação de seus objetivos institucionais;
- 2) O bem, explorado economicamente, cuja destinação seja exclusivamente ao aumento do patrimônio do Estado ou de particulares, deve ser tributado;
- 3) A desoneração do pagamento do tributo não pode favorecer a quebra do princípio da livre-concorrência, ou do exercício de atividade lícita.

Portanto, se o contrato de concessão transfere o uso do imóvel a outrem, e este é usado para alcançar finalidades que não as de interesse público, ocasionará a propriedade a perda de seu atributo social como bem público, ou seja, sua desafetação, satisfazendo os objetivos e finalidades de interesse privado, com consequências extensivas ao segmento competitivo econômico⁵.

É importante ressaltar o pensamento expressado pelo Min. Luís Roberto Barroso a despeito dos contratos de concessão. Segundo ele, esses contratos, em sua maioria, são de longa duração, com prazo inicial de quinze a vinte anos. Dando ao concessionário quase todos os poderes inerentes do proprietário, podendo até modificar o imóvel como assim o queira, configurando essa posse que antes era precária em exclusiva, o que resultaria na possibilidade de incidência do IPTU sobre o imóvel, conforme dispõe o art. 32 do CTN.

[...]Assim entendo, em primeiro lugar, porque a tributação do imóvel pertencente à União mas explorado economicamente por particular não implica risco algum ao equilíbrio entre os entes federados; em segundo, porque a recorrida demonstra capacidade contributiva objetiva, por dedicar-se à atividade de exploração econômica em caráter privado. [...] a imunidade recíproca não beneficia particulares, terceiros que tenham direitos reais em bens das entidades públicas. [...] Reconhecer a aplicabilidade da imunidade recíproca à tributação de imóvel locado a particulares, para exploração de atividade econômica de cunho privado, redundaria, em última análise, em privilegiar a exploração econômica particular, e não o pacto federativo (BRASIL, STF, 2007)⁶.

Por fim, o plenário deu provimento ao recurso, concluindo que o IPTU pode ser lançado sobre imóvel público, quando na posse de empresa privada explorada de atividade econômica com fins lucrativos, afastando a imunidade recíproca à luz do §3º do art. 150 da CF/88,

5 Argumento expresso verbalmente pelo Min. Alexandre de Moraes no plenário do julgamento do RE 594.015 e 601.720 em 06/04/17;

6 Trata-se do voto-vista do Min. Joaquim Barbosa no RE. 451.152, Rel. Gilmar Mendes, DJE 27.4.2007, Segunda Turma.p.8-17.

priorizando o respeito ao pacto federativo através da busca de uma justiça fiscal coerente com a realidade social (PAULSEN; MELO, 2015).

4. ABORDAGEM EMPÍRICA SOBRE OS REFLEXOS DA JURISPRUDÊNCIA ACERCA DA IMUNIDADE RECÍPROCA NA ESFERA MUNICIPAL: CASO DO MUNICÍPIO IMPERATRIZ-MA

Esse capítulo tem dois objetivos específicos: 1) apresentar o sistema de arrecadação fiscal no Município de Imperatriz- MA, com intuito de reconhecer os problemas, falhas e dificuldades existentes na estrutura tributária municipal; 2) verificar os possíveis reflexos na arrecadação fiscal frente a mudança jurisprudencial gerada pelo RE 601. 729/RJ (STF).

4.1. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS DA PESQUISA

No tocante à metodologia de coleta e análise dos dados, adotou-se nesse trabalho a pesquisa bibliográfica, documental e empírica, possuindo um recorte qualitativo e quantitativo associado a entrevistas preordenadas de natureza exploratória.

O levantamento bibliográfico e documental foi essencial para a construção teórica dessa pesquisa, provendo meios que ajudaram na compreensão dos institutos basilares formadores da teoria, ora expressa no RE 601/729. Compreendendo como pesquisa bibliográfica:

O levantamento de toda a bibliografia já publicada em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita. Sua finalidade é colocar o pesquisador em contato direto com tudo aquilo que foi escrito sobre determinado assunto [...] (MARCONI; LAKATOS, 2011, p. 43-44).

A pesquisa empírica, isto é, análise de campo, foi realizada junto a Secretaria de Planejamento, Fazenda e Gestão Orçamentária (SEFAZGO) da cidade de Imperatriz-MA, tendo sido entrevistados dois auditores-fiscais e um funcionário do setor administrativo. A entrevista se deu com base e um questionário preordenado cujos levantamentos buscavam associar os conhecimentos cadenciados pelo levantamento bibliográfico e a realidade vivenciada pelo fisco municipal na cobrança do IPTU.

Por fim, as informações foram colhidas seguindo as regras éticas da pesquisa. Os entrevistados tiveram suas identidades preservadas e assinaram o termo de consentimento livre e esclarecido. Destaque-se o caráter inovador da pesquisa empírica realizada pela compreensão estrutural do sistema de arrecadação municipal, bem como pelo confrontamento dos dados colhidos em levantamento teórico diante daqueles coletados no campo.

4.2. DO SISTEMA DE ARRECADAÇÃO TRIBUTÁRIA NO MUNICÍPIO DE IMPERATRIZ-MA

Conforme dispõe a Constituição Federal em seu art. 156, é de competência dos Municípios a instituição dos impostos sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU), sobre a transmissão “*Inter vivos*” de bens imóveis e de direitos reais sobre imóveis (ITBI) e sobre os serviços de qualquer natureza (ISS). Compondo a receita tributária municipal, além dos impostos já mencionados, têm-se também o imposto de renda retido na fonte (IRRF), as taxas e contribuições de melhoria específicas.

O Fisco Municipal de Imperatriz-MA por meio da Secretaria de Planejamento, Fazenda e Gestão Orçamentária (SEFAZGO) se estrutura em três setores, como bem afirmou o **entrevistado A**, auditor fiscal do município. O primeiro setor é o de Receita, responsável pela cobrança dos tributos, seguido pelo setor de contabilidade, cuja função principal é a de registrar a arrecadação dos exercícios anteriores e, por fim, o setor orçamentário, incumbido da previsão de arrecadação para os exercícios fiscais futuros.

As legislações tributárias que vigoram no município são o Código Tributário Municipal (CTM) Lei Complementar nº 001/03; o Código Tributário Nacional (CTN); o Código de Postura Lei nº 850/97; a Constituição Federal (CRFB) e a Lei de Zoneamento⁷. Entretanto, encontra-se ainda legislações na esfera tributária municipal, tais como a LC nº 04/2007 que dispõe sobre a concessão de benefícios e isenções fiscais, a Lei nº 923/2000 que define a área urbana de Imperatriz e a LC nº 001/2003 que institui o programa de recuperação fiscal – PROFIS.

O Código Tributário Municipal possui a seguinte redação:

Art. 6º O sistema tributário municipal é composto por:

I- Impostos:

[...]II- taxas:

a) em razão do exercício do poder de polícia:

1- de fiscalização de localização, de instalação e de funcionamento;

2- de fiscalização sanitária;

3- de fiscalização de anúncio;

[...] III- contribuições:

a) de melhoria, decorrente de obras públicas;

b) de custeio, do serviço de iluminação pública;

Conforme dispõe o CTM em seu art. 14 o IPTU “*será devido anualmente e calculado mediante a aplicação sobre o valor venal dos imóveis respectivos, das alíquotas estabelecidas nesta Lei*”. Sobre a faticidade normativa, o **entrevistado C** afirma que o lançamento do imposto em Imperatriz ocorre de fato no mês de março do exercício financeiro respectivo, através dos sistemas SAT e STAR com a emissão de um carnê físico distribuído aos contribuintes em suas residências, sendo todo o procedimento homologado pelo Prefeito.

7 Informação verbal concedida pelo entrevistado B. 08/11/18. Entrevista realizada pelos autores. Imperatriz: 2018.

No sistema municipal, segundo última atualização 2019, encontra-se discriminadas como imóveis sujeitos a incidência do tributo: as casas, barracos, apartamentos, sobrados, depósitos, templos, indústrias, terrenos, dentre outros.

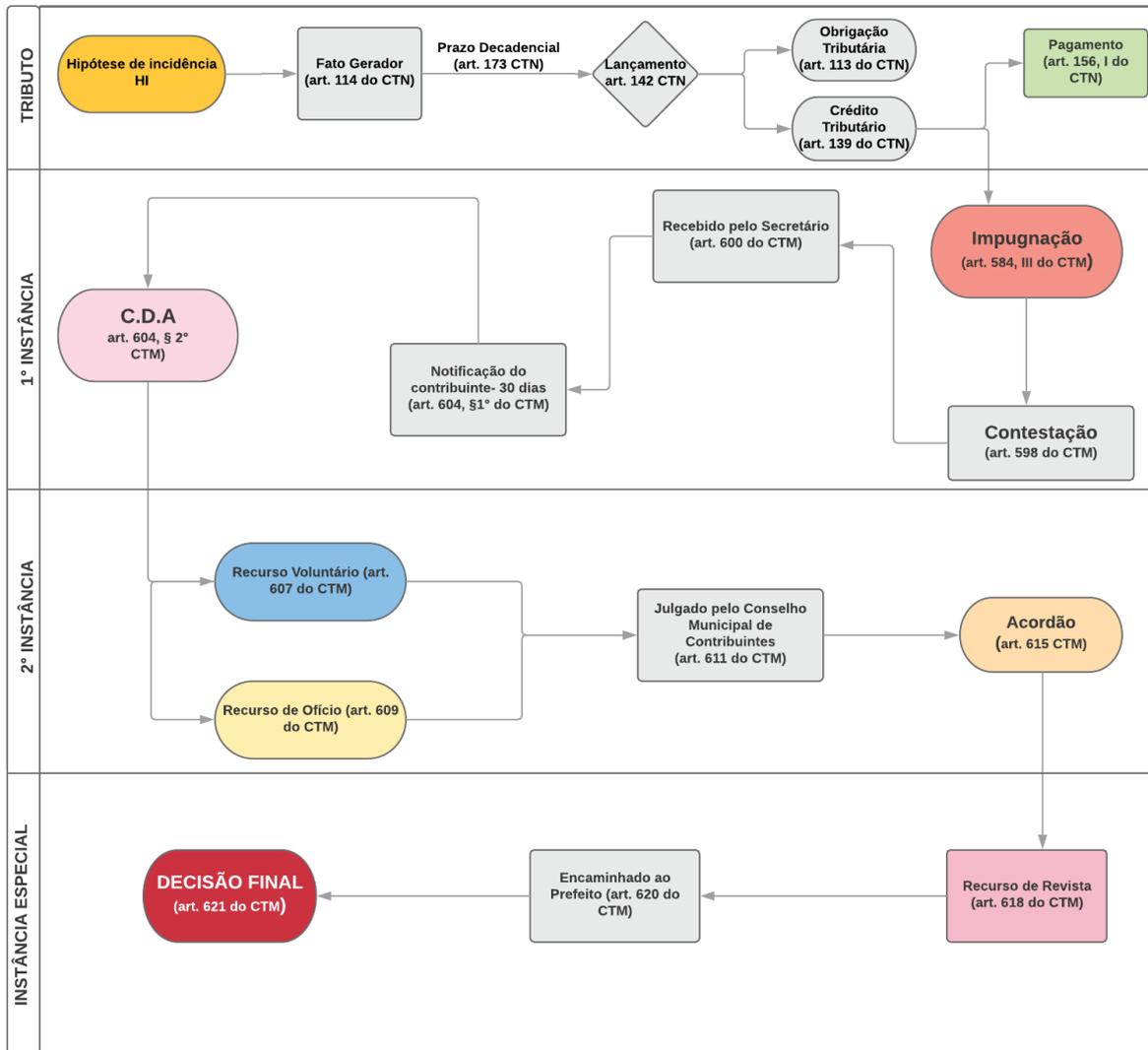
De acordo com o **entrevistado A**, em toda a existência do fisco municipal, a SEFAZGO nunca realizou julgamentos administrativos de recursos ou petições, mesmo que o CTM lhe houvesse outorgado tal procedimento. Restando, ao contribuinte ou terceiro, tão somente a apelação em via judicial. Todavia, essa situação tem se modificado, a partir da organização e escolha de pessoal, com intuito de possibilitar o julgamento de processos contenciosos fiscais.

Ressalta-se que, embora o CTM tenha determinado em seu art. 600⁸, que o recurso em primeira instância seria recebido por um Procurador, atualmente ele é analisado pelo Secretário da SEFAZGO. Outro aspecto importante suscitado pelo **entrevistado A** é a composição do Conselho Municipal em segunda instância, cuja renovação se dá de dois em dois, sendo composto por dois representantes da sociedade civil ou entidades de classes, dois auditores, um representante da procuradoria e o próprio secretário municipal.

Na perspectiva do **entrevistado A**, a presença do Secretário Municipal de Finanças na composição do Conselho em 2º instância pode causar controvérsias de interesses, pois é ele quem em 1º instância admite ou não o recurso interposto pelos contribuintes ou terceiros interessados.

8 Dispõe o respectivo artigo: Elaborada a contestação, o processo será remetido à Procuradoria da Fazenda Municipal para proferir a decisão (IMPERATRIZ, 2003).

De acordo com as informações colhidas pelos pesquisadores, cruzando os dados colhidos nas entrevistas e os dispositivos do Código Tributário Municipal, pode-se elaborar um fluxograma acerca do processo administrativo fiscal em Imperatriz-MA, estruturado da seguinte forma:



Fonte: Elaboração Própria (2018).

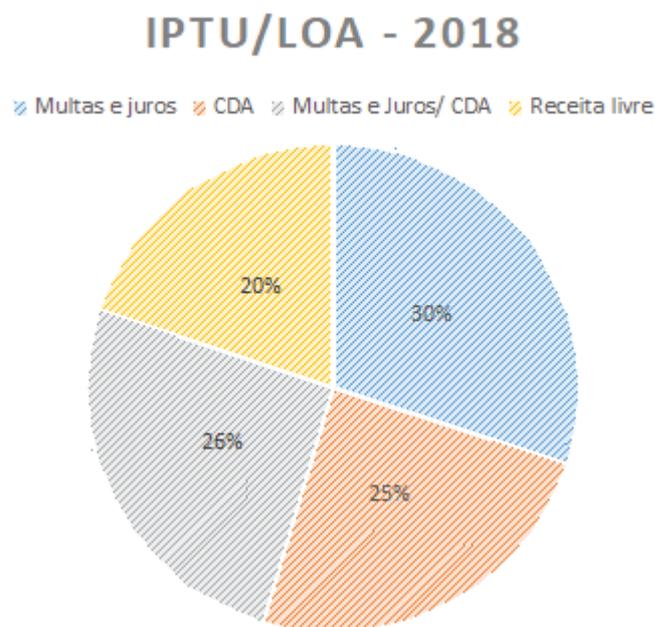
4.3. DOS IMPACTOS DO RE 601.720/ RJ SOBRE A ARRECADAÇÃO MUNICIPAL

Existem muitos questionamentos jurídicos sobre a aplicação correta do IPTU e a possibilidade de otimização da arrecadação fiscal nos municípios frente aos problemas que se propagam por toda a sua estrutura, tais como problemas de gestão, influências políticas e burocracia injustificada. Essas mazelas estão presentes tanto em âmbito estadual e federal.

Pode-se associar tal fato aos dados trazidos pela autora De Cesare (2005), segundo a qual a arrecadação de IPTU no Brasil é muito mal aproveitada e explorada como fonte de receita pelos municípios. Por sua vez, esse imposto representa 2 a 3% do PIB dos Esta-

dos Unidos, Nova Zelândia, Reino Unido e Austrália, enquanto que no Brasil esse percentual chega tão somente a 0,5% do PIB nacional.

Em análise dos dados recolhidos, pôde-se constatar que o fisco municipal também vivencia tais problemas, uma vez que os entrevistados foram incisivos ao afirmarem que a cobrança de IPTU não alcançava todas as propriedades do município, nem aquelas que estão em seu sistema, estando cadastradas em torno de 125.533 (cento e vinte e cinco mil quinhentos e trinta e três) imóveis.



Fonte: Elaboração própria (2018).

Fonte primária: Lei Orçamentária Anual de Imperatriz - MA, 2018.

O gráfico acima demonstra a projeção de arrecadação do IPTU para o exercício financeiro de 2018-2019, deduzidos os fatores de incidência sobre o valor total de arrecadação presentes na LOA, ressaltando-se o fato, segundo o entrevistado C que o cadastro municipal só alcançar 60% de tal projeção, situação majorada pela inexistência, no passado, de processos administrativos e a decorrente falha da inscrição dos contribuintes em dívida ativa, estando, por fim, associado a um cadastro obsoleto e insuficiente.

Infelizmente não foi possível auferir dados suficientes para tabelamento do disposição do IPTU nos exercícios de 2019 e 2020.

Dos imóveis públicos abarcados pela regra da imunidade recíproca, só 80% encontram-se gerenciados pelo fisco municipal. Situação que foi justificada pelo **entrevistado C**, como produto da ocupação pelo ente federativo de seus próprios bens.

Em relação à existência de imóveis públicos cedidos a particulares na cidade de Imperatriz, o **entrevistado A** acredita que não haja nenhum imóvel nesta situação, pois "a grande maioria dos imóveis que o ente municipal ocupa são alugados, sendo de sua propriedade dois imóveis são eles, o prédio onde funciona a Prefeitura e onde se encontra a Secretária de Saúde. Sendo os demais bens públicos do Estado e da União ou a estes equiparados, estão em pleno uso por estes não havendo bens relativamente livres."

Ambos os entrevistados afirmaram acompanhar as mudanças jurisprudenciais em relação à matéria tributária, entretanto denotaram desconhecer o RE 601.720/ RJ o qual possibilita a cobrança de IPTU sobre imóveis públicos cedidos a particulares quando exploradores de atividade econômica com fins lucrativos.

Conforme verificado na pesquisa de campo, a inexistência de um cadastro com especificação dos imóveis de propriedade da prefeitura, alugados e/ou cedidos impossibilita um real acompanhamento dos impactos da alteração jurisprudencial. As informações apresentadas são baseadas em intuicionismos personalíssimos, não em evidências de transparência administrativa e fiscal.

5. RESULTADOS E DISCUSSÕES

O presente capítulo se destina analisar os resultados obtidos pelas entrevistas dos auditores e do funcionário da Secretaria de Planejamento, Fazenda e Gestão Orçamentária (SEFAZGO), associados às hipóteses levantadas no projeto de pesquisa, com a intenção de emitir apontamentos que levem a compreensão fática do objeto deste trabalho.

O que se pôde observar é que o Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana-IPTU é menosprezado pela administração pública, frente aos demais tributos de competência municipal, fato confirmado pelo Entrevistado A. Este atribui ao ISS o posto de tributo com maior relevância atualmente no município, decorrente de terem os auditores adquiridos recentemente um "Certificado Digital" que lhes dão acesso ao sistema da Receita Federal, facilitando o acompanhamento da arrecadação do ISS pelo Simples Nacional e a posterior inscrição dos contribuintes em dívida ativa.

O pesquisador José Roberto R. Afonso (2014) afirmava que em 2007 a arrecadação nacional do IPTU não chegava a R\$ 50 (cinquenta reais) por habitante, valor que se altera ao longo do território nacional, haja vista, que em alguns municípios o imposto arrecadado não ultrapassava R\$ 5 (cinco reais) por pessoa.

Tal realidade é justificada pela diversidade cultural, econômica e social presente em todo território nacional. Essa heterogeneidade reflete-se no aspecto socioeconômico local, pois não se poderia esperar que um pequeno município tivesse uma grande arrecadação do IPTU, assim como um grande município obtivesse uma arrecadação irrisória frente a sua capacidade tributária.

A primeira hipótese apontada no projeto era que a mudança de entendimento do STF havia valorado o pacto federativo e a ordem econômica consolidando dessa forma a justiça fiscal, bem como possibilitando o aumento da arrecadação fiscal dos municípios.

A suposição acima descrita se confirmou, pois a criação da imunidade recíproca foi concebida com a intenção de proteger o pacto federativo. Vulnerá-lo pela subtração de uma exação do município é violar o princípio da livre concorrência e da ordem econômica⁹.

9 Argumento expresso verbalmente pelo Min. Luís Roberto Barroso no plenário do julgamento do RE 594.015 e 601.720 em 06/04/17

Subsequentemente, têm-se a hipótese de o município de Imperatriz-MA não estar preparado para cobrança do IPTU sobre bens públicos que estivessem na posse de empresas privadas perante a precariedade de seu sistema fiscal. Esta proposição também se confirmou, conforme demonstrado nos relatos que foram descritos no capítulo anterior.

Consoante os entrevistados, o último cadastramento que ocorreu em Imperatriz foi no ano de 2004, descrições estas que se encontra em anotações a lapiseira, desatualizadas e inconsistentes. Situação potencializada pela falta de pessoal especializado. Ademais, o município só possui 3 (três) auditores-fiscais, número inadequado a demanda local.

Por última hipótese, afirmou-se que a fiscalização plena do IPTU só seria possível, antes de tudo, se o município realiza-se um estudo pormenorizado de seu sistema, com intuito de identificar suas falhas e dificuldades, desejando otimizá-lo

Essa é a terceira hipótese que se confirmou diante da análise de campo, sendo notório a necessidade que o fisco municipal tem de compreenderem a importância do IPTU e a sua correta cobrança. Na coleta de dados, foi destacado por todos os entrevistados projetos municipais para melhoria do sistema de arrecadação tributária, tais como a renovação da estrutura física local, a formulação de um novo CTM, a compra de um novo sistema que possibilitará a análise conjunta de todos os tributos municipais e o recadastramento do imóveis por meio de um sistema de geoprocessamento. Medidas existentes apenas no plano do dever. Por sua vez, a realidade ainda é um sistema de arrecadação moroso, burocrático e hermético.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo sobre o RE 601.720/RJ, mostrou a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o conceito de imunidade recíproca, objetivando a realização da justiça fiscal e a proteção do pacto federativo, bem como a manutenção da livre concorrência e da ordem econômica. A renovação jurisprudência provocou a necessidade de reestruturação do sistema de arrecadação fiscal dos municípios, que se efetivado, possibilitaria o aumento da arrecadação e a probabilidade de extensão do custeio de suas despesas.

A compreensão do instituto da imunidade recíproca, aplicada ao imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU, revelou ser de grande importância para a delimitação do campo de incidência do tributo, viabilizando a correta demarcação de seu aspecto material, espacial, temporal e pessoal.

De igual modo, o levantamento dos conceitos e modalidades das formas de cessão dos bens públicos, em especial do contrato de concessão e a análise jurisprudencial do RE 601.720/ RJ, permitiu a percepção dos argumentos levantados pelos ministros no julgamento e a consequente evolução da suprema corte quanto a preservação do sistema federativo.

Destarte, a busca dos impactos na arrecadação fiscal de Imperatriz-MA após o julgamento do RE 601.720/RJ, não ter alcançado os resultados inicialmente almejados, foi possível analisar o sistema de arrecadação do município e, identificar as falhas e problemas em toda sua estrutura, o que possibilitaria sua otimização e possível reestruturação.

Restou demonstrado que a três hipóteses levantadas no projeto de pesquisa, explicadas detalhadamente no capítulo anterior, foram confirmadas. O que leva a refletir acerca dos impactos causadas na Administração Pública municipal em decorrência de um sistema fiscal ineficiente. Ao observar que o Estado não é autossuficiente e adquire renda ao tributar os indivíduos, imagina-se que ele deveria a todo custo valorizar a sua arrecadação monetária, porém não é o que ocorre.

Verifica-se que na cidade de Imperatriz-MA há um sistema fiscal ineficiente, notadamente em sua capacidade de realizar sua função primária que é a arrecadação. No fisco municipal analisado existe grande déficit de mão de obra, de investimento em tecnologias, de recursos e principalmente de falta de interesse das autoridades responsáveis pelo planejamento fiscal.

Um sistema arrecadatório eficiente é preciso para um planejamento fiscal que possa garantir e cumprir os objetivos constitucionais (art. 3, CRFB). Os direitos fundamentais, em que pesem não serem vinculados às reservas orçamentárias, necessitam de recursos para sua efetivação. É uma realidade que não se pode fugir. Trata-se da própria ordem material dos direitos. Portanto, a melhora de um sistema de arrecadação, quando acompanhado de transparência fiscal e respeito à Constituição, não serve apenas ao Estado, mas em última instância, aos próprios contribuintes.

Por fim, esse trabalho não esgotou as possibilidades de pesquisas e estudos sobre o tema, pois esse é vasto e ilimitado, fomentado com seus resultados um norte aos futuros pesquisadores desse tema, como a necessidade de análise das decisões do STF em matéria tributária e a repercussão da mesma sobre as esferas executivas, legislativas e judiciárias.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Fernando Santos. Imunidade recíproca e federalismo: da construção norte-americana à atual posição do STF. *Revista brasileira de políticas públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, julho- dez, 2013.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11ª Ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

BRASIL, Superior Tribunal Federal. Acórdão. *Recurso Extraordinário nº 253.472/RJ*. Plenário. IPTU- BEM PÚBLICO-CESSÃO- PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. Incide o imposto Predial e Territorial Urbano considerado bem público cedido a pessoas jurídica de direito privado, sendo esta a devedora. Município do Rio de Janeiro x Barrafor Veículos Ltda. Relator Min. Edson Fachin. STF, Brasília, 19 abr. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal Federal. Acórdão. *Recurso Extraordinário nº 451.152-5/RJ*. Segunda Turma. IPTU. Imóvel da União destinado à exploração comercial. Contrato de concessão de uso. Posse precária e desdobrada. Impossibilidade de a recorrida figurar no polo passivo da obrigação tributária. Precedente. Recurso a que se nega provimento. Município do Rio de Janeiro X Rio Sport Center Academia LTDA. Relator Min. Gilmar mendes. STF, Brasília, 22 de Agosto de 2006.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html. Acessada em: 20 Out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Imunidade Tributária, Nº 861- 10 a 21 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo861.htm>. Acessado em: 04 Out. 2018.

CANTO, Gilberto de Ulhoa. Algumas considerações sobre a imunidade tributária dos entes públicos. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewArticle/18117>. Acessado em: 22 set. 2018.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Editora Malheiros, 2019.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 6. Ed. rev. e atual. Belo Horizonte: DelRey, 1999

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Ivo César Barreto de. *Imunidade Tributária na Visão do STF*. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/699/Direito%20Publico%20n332010_Ivo%20Cesar%20Barreto%20de%20Carvalho.pdf?sequence=1. Acessado em: 22 set. 2018.

COSTA, Dilvanir José da. O sistema da posse no direito civil. *Revista de informações legislativas*, Brasília, a.35, n 139, Jul-Set, 1998.

CURI, Bruno Mauricio Macedo. *Limitações constitucionais ao poder de tributar: análise de sua fundamentabilidade ante a razão pública*. Dissertação (mestrado). Universidade Federal Fluminense. Niterói-RJ, 2007.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. Autonomia dos Governos locais em matéria tributária. Rio de Janeiro, *Revista de Direito Administrativo*, v. 38, 1954.

FURLAN, Valéria. *IPTU*. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

GANEM, Bruna Ribeiro. *Incidência do IPTU sobre bens imóveis públicos ocupados por empresas privadas: uma análise crítica da materialidade constitucional do imposto e suas relações com a imunidade tributária recíproca (Tema 437 da Repercussão Geral do STF)*. Dissertação de Mestrado (Direito Tributário). Universidade Católica de Brasília, Brasília- DF, 2015.

HAMILTON, Alexander. *O federalista*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

IMPERATRIZ. *Lei complementar nº 0001/2004*. Institui o programa de recuperação fiscal no município (PROFIS) e dá outras providências. Imperatriz: Câmara Municipal, 2004.

IMPERATRIZ. *Lei complementar nº 001/2003*. Dispõe sobre o sistema tributário municipal e as normas gerais de direito tributário aplicáveis ao Município. Imperatriz: Câmara Municipal, 2003.

IMPERATRIZ. *Lei complementar nº 04/2007*. Dispõe sobre a concessão de benefícios e isenções fiscais no âmbito do município de Imperatriz e dá outras providências. Imperatriz: Câmara Municipal, 2007.

IMPERATRIZ. *Lei nº 859/97*. Dá nova redação a Lei Municipal nº 221/78, que institui o Código de Postura do Município de Imperatriz. Imperatriz: Câmara Municipal, 1997.

IMPERATRIZ. *Lei nº 923/2000*. Dispõe sobre a definição da área urbana de Imperatriz e dá outras providências. Imperatriz: Câmara Municipal, 2000.

IMPERATRIZ. *Lei ordinária nº 1.708/2017*. Dispõe sobre o plano plurianual do Município de Imperatriz-MA para o quadriênio 2018-2021, e dá outras providências. Imperatriz: Câmara Municipal, 2017.

IMPERATRIZ. *Lei ordinária nº 1.709/2017*. Dispõe sobre as diretrizes orçamentárias para o exercício de 2018, e dá outras providências. Imperatriz: Câmara Municipal, 2017.

IMPERATRIZ. *Lei ordinária nº 1.710/2017*. Estima a receita e fixa a despesa do Município para o exercício financeiro de 2018. Imperatriz: Câmara Municipal, 2017.

JÉZE, Gaston. *Les Principes generaux du droit administratif*. Paris: Ed. M. Giard e Briere, 1914.

LIMA, Rogério de Araújo. Os artigos federalistas: a contribuição de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay para o surgimento do federalismo no Brasil. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 48, n. 192, p. 125-136, out/dez. 2011.

LUKIC, Melina de Souza Rocha. A tributação no Brasil analisada a partir da abordagem cognitiva de políticas públicas. *Revista ética e filosofia política*. Juiz de Fora, v. 1, n. 15, p. 8-36, Maio. 2012.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Marcelo Guerra. Limitações constitucionais ao poder de tributar. *Cadernos de Direito*. Piracicaba, v. 2, n. 4, p. 249-278, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MONTEIRO, José Carlos Braga. *A relação da história da humanidade e os tributos*. Disponível em: <http://www.portaltributario.com.br/artigos/relacao-da-historia-humanidade-e-tributos.htm>. Acessado em: 26 Out. 2018.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. *Impostos Federais, Estaduais e Municipais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

PERES, João Bosco. *Competência tributária negativa. As imunidades tributárias*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21272-21273-1-PB.pdf>. Acessado em: 22 set. 2018.

QUEIRÓS, Etides Yuri Pereira. *Imunidade recíproca: análise do alcance e das limitações da norma imunizante*. 2017. Dissertação de Mestrado (Direito Público) Universidade Federal da Bahia, Salvador-BA, 2017.

ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

RUEDELL, Claudir Luis. *A imunidade tributária e as rendas não relacionadas com as finalidades essenciais das entidades exoneradas*. 2013. Dissertação (graduação). Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria/RS, 2013.

SÁ, José Delfino. et. al. Um modelo de otimização para alíquotas do IPTU socialmente mais justas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, jan/fev, 2013.

SANTOS, Gustavo Magalhães. *Da incidência do IPTU sobre imóveis públicos utilizados por particulares mediante contrato de concessão de uso*. 2016. Monografia (Especialização)-Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília- DF, 2016.

SCAFF, Fernando Facury. *Cidadania e Imunidade Tributária*. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21047-21048-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 de Novembro de 2018.

TRINDADE, Larissa; RIBEIRO, Thiago Bão. *Igualdade tributária: uma breve concepção filosófica da igualdade e da jurisprudência do STF*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9c502490400407d6>. Acessado em: 20 Nov. 2018.

VITTA, Cino. *Diritto amministrativo*. Torino: Editrice Torinese, 1962.

WIESE, Hernane Elesbão. *Limitações ao poder de tributar- as imunidades tributárias do art. 150, inc. VI e alíneas da constituição federal*. 2012. Dissertação (graduação). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis/RJ, 2012.

Recebido/Received: 02.04.2019.

Aprovado/Approved: 09.07.2020.

LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA RESIDUAL EM FACE DO PRINCÍPIO DE CORREÇÃO FUNCIONAL

LIMITS ON THE EXERCISE OF RESIDUAL
TAXING POWER ACCORDING TO THE PRINCIPLE
OF FUNCTIONAL CORRECTNESS

THIAGO ÁLVARES FEITAL¹

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo verificar se existem na Constituição da República outras limitações ao exercício da competência tributária residual, além daquelas enunciadas nos artigos 154, I e 195, § 4º. Para tanto, a partir de uma interpretação crítica da competência tributária residual, por meio de método dedutivo, e adotando como referencial teórico o princípio da correção funcional sistematizado por Friedrich Müller, demonstramos que este exige que se considerem os efeitos do federalismo sobre o Sistema Tributário. Após revisar os conceitos de federalismo e federalismo fiscal na literatura recente e a analisar a sua adequação à Constituição fiscal brasileira, concluímos que a competência tributária residual é limitada pelo princípio de correção funcional. Os resultados da pesquisa indicam que o exercício da competência residual não pode ofender a equalização fiscal, porque esta é componente da forma federativa do Estado brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Competência residual. Competência tributária. Contribuições sociais residuais. Federalismo fiscal.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to verify whether the Brazilian Constitution contains any other limitations on the exercise of residual taxing power, other than those set forth in articles 154, I and 195, paragraph 4. For this purpose, based on a critical interpretation of the residual taxing power, using a deductive method, and adopting as a theoretical reference the principle of functional correctness, as systematized by Friedrich Müller, we demonstrate that this requires considering the effects of federalism on the Tax System. After reviewing the concepts of federalism and fiscal federalism in the recent literature and analyzing their adequacy to the Brazilian fiscal constitution, we conclude that the residual taxing power is limited by the principle of functional correctness. The results of the research indicate that the exercise of residual taxing power cannot offend the tax equalization, because the latter is a component of the federative form of the Brazilian State.

KEYWORDS: Fiscal Federalism. Residual Social Contributions. Residual Taxing Power. Taxing Power.

¹ Professor das Faculdades Milton Campos. Foi professor da disciplina Direito Tributário no curso de graduação em Ciências Contábeis da UFMG (2017). Mestre em Direito pela UFMG (2017). Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2016). Doutorando em Direito pela UFMG (2018). E-mail: thiago.feitalv@gmail.com

Como citar esse artigo/How to cite this article:

FEITAL, Thiago Álvares. *Limitações ao exercício da competência tributária residual em face do princípio de correção funcional*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 2, p. 102-120, Maio/Ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i2.6918>

1. INTRODUÇÃO

O ano de 2018 em que se celebraram os trinta anos de promulgação da Constituição da República (CR) é também um ponto crítico para o federalismo no Brasil, como o demonstra o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 523, em 11 de junho de 2018. Subscrita por vinte e três Estados, além do Distrito Federal, a ação questiona a alteração do perfil financeiro das contribuições residuais operada por meio da perpetuação do mecanismo de Desvinculação das Receitas da União (DRU), criado pela Emenda Constitucional nº 27, de 2000². Para os peticionantes, ao prorrogar a vigência da DRU repetidas vezes³ a União vem praticando fraude à Constituição, burlando o esquema constitucional de repartição de receitas tributárias — especialmente o artigo 157, II, CR — e violando o próprio princípio federativo.

A ação convida a uma reflexão teórica sobre a relação entre o federalismo e o Sistema Tributário Nacional (STN) na Constituição de 1988, matéria de interesse primordial para o Direito Tributário⁴, o que justifica acadêmica e socialmente este trabalho. Como se sabe, a técnica de repartição de competências tributárias adotada pela Constituição é uma das projeções do federalismo no campo da tributação, justamente aquela que, concedendo autonomia financeira aos entes federados, torna efetiva a sua autonomia política e jurídica⁵.

Com o objetivo de enriquecer a literatura relativa ao tema e fomentar a reflexão sobre o equilíbrio federativo na Constituição trigenária, no presente artigo pretende-se responder o seguinte problema de pesquisa: é possível identificar na CR limitações ao exercício da competência tributária residual, para além das condicionantes enunciadas nos arts. 154, I e 195, § 4º, CR?

Partindo do princípio de conformidade funcional — adotado como referencial teórico na forma que o conceito recebeu na sistematização feita por Friedrich Müller — verificaremos se o exercício da competência tributária residual pela União deve sujeitar-se a este princípio.

Para tanto, o presente trabalho encontra-se dividido em quatro seções, além desta introdução e de sua conclusão. Na primeira seção serão articulados os marcos conceituais

2 BRASIL. Emenda Constitucional nº 27, de 2000. Acrescenta o art. 76 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo a desvinculação de arrecadação de impostos e contribuições sociais da União. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2000/emendaconstitucional-27-21-marco-2000-373981-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 08 ago. 2018.

3 Cf. BRASIL. Emenda Constitucional nº 42, de 2003. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2003/emendaconstitucional-42-19-dezembro-2003-497205-norma-pl.html>. Acesso em: 08 ago. 2018.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 56, de 2007. Prorroga o prazo previsto no caput do art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2007/emendaconstitucional-56-20-dezembro-2007-567249-norma-pl.html>. Acesso em: 08 ago. 2017.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 68, de 2011. Altera o art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2011/emendaconstitucional-68-21-dezembro-2011-612061-publicacaooriginal-134728-pl.html>. Acesso em: 08 ago. 2018.

BRASIL. Emenda Constitucional Nº 93, de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para prorrogar a desvinculação de receitas da União e estabelecer a desvinculação de receitas dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2016/emendaconstitucional-93-8-setembro-2016-783591-publicacaooriginal-151044-pl.html>. Acesso em: 08 ago. 2018.

4 O campo de estudos do Direito Tributário, que não se confunde cientificamente com aquele do Direito Financeiro, é composto também pela investigação das normas que “[...] delimitam e coordenam as potestades tributárias entre as distintas esferas de poder nos países com regime federal de governo”. VILLEGAS, Hector B. Curso de finanzas, derecho financiero y tributario. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2001. p. 185. Tradução livre.

5 COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 43-45.

No mesmo sentido: DA SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 478.

necessários para se situar o problema do federalismo fiscal brasileiro. Tendo em vista a vastidão da literatura acerca do tema, serão expostos apenas os conceitos mais fundamentais, sem qualquer pretensão de se elaborar uma revisão exaustiva. A seguir, apresenta-se a estrutura de repartição de competências e de receitas tributárias contida na Constituição de 1988. A compreensão deste arcabouço financeiro, cerne da Constituição fiscal brasileira, é fundamental para que se possa enfrentar adequadamente o problema de pesquisa proposto. Na quarta seção vai-se discorrer acerca do princípio hermenêutico de conformidade funcional, no intuito de se identificar seu conteúdo normativo. Considerando-se a literatura existente, será proposta uma definição que se acredita mais condizente com a dignidade que o princípio do federalismo assume na Constituição em vigor. Finalmente, o princípio desvelado na seção anterior será utilizado como marco normativo para se identificar as limitações sistêmicas que condicionam o exercício da competência residual.

2. FEDERALISMO E FEDERALISMO FISCAL: ELEMENTOS CONCEITUAIS

Antes de se passar ao enfrentamento da questão posta neste trabalho, mostra-se necessário estabelecer o que se entende por federalismo e federalismo fiscal, *noções que constituem o fundamento teórico da presente investigação*.

*A multiplicidade de formas adotadas por Estados federais ao redor do mundo torna hercúlea a tarefa de desenvolver uma teoria minimamente abrangente do fenômeno*⁶. É por esta razão que o objetivo de elaborar uma teoria capaz de fornecer prescrições que se aplicariam indistintamente a todos os sistemas deve ser abandonado⁷. Esta, que é a abordagem clássica, deve ser substituída por uma definição tipológica do federalismo, capaz de reconhecê-lo e analisá-lo em suas múltiplas formas, quer como princípio de organização política⁸, na acepção jurídica, quer como *ethos político*⁹, na acepção filosófica.

Conquanto seja expressiva a evolução semântica do federalismo na história, a estrutura fundamental do *tipo federal é singela. Segundo a teoria clássica, tem-se no modelo federal a divisão do poder entre um centro e sua periferia. Em princípio, um Estado se diz federal quando se sujeita àquilo que pode ser denominado de dualidade de governança*¹⁰. Esta dualidade verifica-se quando, após a reunião das partes que integram o pacto federativo,

6 VILE, M.J.C. Federal Theory and the "New Federalism". In: JAENSCH, D. (ed.) The Politics of New Federalism. Adelaide: Australian Political Studies Association, 1977. p. 01.

7 BURGESS, Michael. Comparative Federalism: Theory and Practice. London: Routledge, 2006. p. 45.

8 DERZI, Misabel de Abreu Machado; DE BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. O princípio federativo e a igualdade: uma perspectiva crítica para o sistema jurídico brasileiro a partir da análise do modelo alemão. In: DERZI, Misabel de Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes. Estado federal e guerra fiscal no direito comparado. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 470.

9 MOOTS, Glenn A. The Covenant Tradition of Federalism: The Pioneering Studies of Daniel J. Elazar. In: WARD, Ann; WARD, Lee. (eds.). The Ashgate Research Companion to Federalism. Farnham: Ashgate, 2009. p. 399.

10 SACCHETTO, C. Analysis of Fiscal Federalism from a Comparative Tax Law Perspective. In: BIZIOLI, G.; SACCHETTO, C. (eds.). Tax Aspects of Fiscal Federalism: A Comparative Analysis. Amsterdam: IBFD, 2011. p. 12.

configuram-se dois níveis politicamente autônomos, o que implicará na existência de duas ordens jurídicas distintas¹¹, fenômeno recorrentemente denominado de descentralização¹².

Apesar de bastante difundida, a visão dualista é insuficiente. Para se compreender as estruturas federais encontradas na atualidade, é mais adequado recorrer à teoria proposta por Daniel Elazar. Segundo o autor, o federalismo é uma forma de distribuição do poder sem um centro focal, em um arranjo de interdependência, no qual os diferentes componentes coordenam-se em torno de múltiplos centros¹³. Neste esquema, a força política não se concentra no centro ou na periferia, mas na tensão da rede como um todo¹⁴.

Esquemáticamente, as formas de distribuição de poder entre as entidades subnacionais e a União podem assumir a forma do federalismo dual¹⁵; cooperativo¹⁶; ou competitivo¹⁷. As duas primeiras correspondem a modelos históricos, isto é, empiricamente verificáveis nos sistemas políticos existentes no passado ou no presente. No federalismo dual – encontrado, por exemplo, no México, Malásia, Rússia, Canadá, Austrália, Estados Unidos, Índia e Paquistão – os entes nacional e subnacionais exercem suas competências de forma independente. Cada ente é soberano em relação às competências que lhe foram outorgadas e nenhum deles é soberano em relação às competências outorgadas aos demais¹⁸. A relação que deriva deste esquema inclina-se muito mais à tensão, do que à colaboração¹⁹. É o que opõe o federalismo dual ao federalismo de cooperação. Neste último – atualmente praticado, por exemplo, na Alemanha, África do Sul e Bélgica, além do Brasil – há um harmônico equilíbrio entre a atuação dos diversos entes, que se caracteriza pela partilha de responsabilidades sobre uma mesma área de atuação²⁰. Finalmente, o federalismo competitivo – modelo acadêmico que não encontra aplicação em nenhum sistema político atual – propõe que os entes federados possuam atribuições idênticas, de modo a maximizar a competição entre eles, o que supostamente resultaria em um ganho de eficiência na prestação dos serviços públicos²¹.

11 “A organização do Estado Federal é tarefa de laboriosa engenharia constitucional. É que o Estado Federal requer duplo ordenamento, desencadeando as normas e as regras próprias a cada um. Refiro-me ao ordenamento da Federação ou da União e aos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros.”

HORTA, Raul Machado. Organização Constitucional do Federalismo. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 28-29, p. 09-32, 1986. p. 10.

12 Importa ressaltar que a descentralização fiscal não é característica exclusiva das federações, mas pode ser encontrada também em Estados unitários, que fazem uso de delegações de poderes para autoridades locais (devolutions), no intuito de tornar praticável a administração da coisa pública. Cf. BOADWAY, Robin; SHAH, Anwar. Fiscal Federalism: Principles and Practices of Multiorder Governance. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 61.

Além disso, a descentralização administrativa permite aproximar as esferas de poder das necessidades dos cidadãos. Cf. SHAH, Anwar. Introduction: Principles of Fiscal Federalism. In: SHAH, Anwar. The Practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives. Montréal: McGill-Queen's University Press, 2007. p. 10.

13 ELAZAR, Daniel J. Federalism and Political Integration. Lanham: University Press of America, 1984. p. 15.

14 MOOTS, Glenn A. The Covenant Tradition of Federalism: The Pioneering Studies of Daniel J. Elazar. In: WARD, Ann; WARD, Lee. (eds.). The Ashgate Research Companion to Federalism. Farnham: Ashgate, 2009. p. 400.

15 Para a tipologia dupla do federalismo dual (layer cake e coordinate-authority), veja-se: SHAH, Anwar. Introduction: Principles of Fiscal Federalism. In: SHAH, Anwar. The Practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives. Montréal: McGill-Queen's University Press, 2007. p. 05.

16 Para a tipologia dupla do federalismo cooperativo (interdependent spheres, marble cake e independent spheres) veja-se: SHAH, Anwar. Introduction: Principles of Fiscal Federalism. In: The Practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives. Montréal: McGill-Queen's University Press, 2007. p. 05.

17 Para um aprofundamento: BRENNAN, G.; BUCHANAN, J. The Power to Tax: Analytical Foundations of a Fiscal Constitution. Cambridge: Cambridge University Press, 1980.

18 SCHÜTZ, Robert. From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 78.

19 CORWIN, Edward S. The passing of dual federalism. Virginia Law Review, v. 36, n. 01, p. 01-24, 1950.

20 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do federalismo. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

21 “[...] if the citizens of a jurisdiction appraise the performance of their government by comparing it to the performance of governments elsewhere but at the same jurisdictional level, they would induce their own government to do as well as or

Dentro deste complexo cenário, a criação da estrutura normativa mais adequada para repartir a responsabilidade pelas despesas e as fontes de receitas para a sua execução é objeto imediato de preocupação. Este é justamente o fim do denominado federalismo fiscal: a coordenação das finanças públicas entre os entes federados²². Tal como no caso do conceito de federalismo, aqui também diversas teorias clássicas concorrem para a resolução da questão da organização da estrutura fiscal em vários níveis: *a regra da proximidade, de George Stigler; a equivalência fiscal de Mancur Olson; a teoria da descentralização de Wallace Oats; e a teoria dos clubes de James Buchanan*²³. A estas teorias vêm somar-se novas contribuições como a de Shah Anwar; o modelo da accountability do Banco Mundial; e o modelo da New Public Governance²⁴.

Todas estas abordagens seguem-se à secular teorização do princípio da subsidiariedade²⁵, de acordo com o qual as funções financeiras (tributação, realização de despesas e regulação econômica) devem ser sempre exercidas pela menor "unidade social²⁶", aquela situada ao nível da localidade na estrutura federal, exceto quando demonstrado razoavelmente que tais funções serão melhor realizadas pelos níveis superiores. De qualquer modo, uma garantia mínima de autonomia na imposição de tributos — o que parece estar no cerne da constituição fiscal²⁷ — é constitutiva da própria noção de federalismo²⁸.

Idealmente, a distribuição do poder fiscal deve ser precedida de uma avaliação dos gastos que serão suportados por cada ente, sendo três as formas de sua repartição²⁹: a atribuição exclusiva de receita tributária (*exclusive tax assignment*), a atribuição concorrente (*concurrency*) e a previsão de mecanismos de repartição de receitas (*tax sharing*). Como se verá adiante, no Brasil o constituinte de 1988 empregou técnica mista, conjugando as três formas³⁰.

better than these governments." BRETON, Albert. Modelling vertical competition. In: AHMAD, Ehtisham; BROSIO, Giorgio. (eds.). Handbook of Fiscal Federalism. Cheltenham: Edward Elgar, 2006. p. 92.

22 MAJOCCHI, Alberto. Theories of Fiscal Federalism and the European Experience. In: WARD, Ann; WARD, Lee. (eds.). The Ashgate Research Companion to Federalism. Farnham: Ashgate, 2009. p. 425.

23 Para um resumo de cada uma destas teorias, remete-se o leitor a: SHAH, Anwar. Introduction: Principles of Fiscal Federalism. In: SHAH, Anwar. The Practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives. Montréal: McGill-Queen's University Press, 2007. p. 07-09.

24 Para uma definição e breve discussão de cada uma destas teorias, veja-se: CABRAL, Nazaré da Costa. A teoria do federalismo financeiro. Coimbra: Almedina, 2015.

25 Para uma visão panorâmica das diferentes teorias filosóficas e econômicas da subsidiariedade, veja-se: FØLLESDAL, Andreas. Competing Conceptions of Subsidiarity. In: FLEMING, James E.; LEVY, Jacob T. Federalism and Subsidiarity. New York: New York University Press, 2014. e HUEGLIN, Thomas O. Federalism, Subsidiarity and the European Tradition: Some Clarifications. Telos, n. 100, p. 37-55, 1994. p. 46.

A aplicação do princípio a um esboço de justificação moral do federalismo no Brasil, pode ser vista em: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; DE OLIVEIRA, Ludmila Mara Monteiro; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. Que pacto federativo? Em busca de uma teoria normativa adequada ao federalismo fiscal brasileiro. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes. Estado federal e tributação: das origens à crise atual. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

26 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 35, p. 13-52, 1996. p. 51.

27 "A fiscal constitution is the body of fundamental rules and regulations that frame decision making in the area of fiscal policy." BLÖCHLIGER, Hansjörg; KIM, Junghun. Fiscal Federalism: Making Decentralization Work. Paris: OECD Publishing, 2016. p. 32.

28 RILKER, W. Federalism. In: GREENSTEIN, F.; POLSBY N. (eds.). The Handbook of Political Science: Government Institutions and Processes. Boston: Addison-Wesley Pub. Co., 1975.

Em sentido contrário, afirmando que a repartição de competências tributárias não é requisito do federalismo, apenas a repartição de receitas: SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 258.

29 Para uma análise econômica dos princípios de repartição do poder de tributar, veja-se: HUEGLIN, Thomas O.; FENNA, Alan. Comparative Federalism: A Systematic Inquiry. Toronto: University of Toronto Press, 2015. p. 166-204.

30 "In principle, the 1988 constitution established a relatively conventional mix of separate and concurrent tax assignment. In practice, the outcome shows the rather unconventional picture of a 'dual fiscal regime': states and municipalities acquired 'greater power to tax and a greater share of traditional revenues'; at the same time, the federal government was assigned 'a

A partir dessas considerações teóricas, é necessário ressaltar que os Estados federais dificilmente brotam da pena dos intelectuais. São, pelo contrário, o resultado de enfrentamentos políticos, conflitos e convulsões sociais, distanciando-se expressivamente dos modelos ideais que derivam de uma reflexão ponderada. É com esse fato em mente que se deve passar à análise da repartição de competências e receitas tributárias constitutiva do federalismo fiscal brasileiro.

3. A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS E DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: O FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO

Como visto anteriormente, no plano ideal, recomenda a teoria econômica que a distribuição das competências administrativas, posto que relacionada ao âmbito orçamentário das despesas, preceda a distribuição das competências tributárias e de transferências governamentais, quando da criação da constituição fiscal³¹. Raramente isso se dá na prática e não foi diferente no caso brasileiro, cuja Constituição incorporou, com algumas modificações, o arcabouço tributário existente nas constituições anteriores³².

Ainda assim, a Constituição de 1988, inovou ao prever uma descentralização inaudita das fontes de receita, nítido reflexo da democratização por que passava o país quando de sua elaboração³³, distribuindo tributos para aumentar a autonomia dos entes subnacionais. Mas este movimento não foi acompanhado por uma descentralização dos encargos que continuaram concentrados na União³⁴. O resultado, que não poderia ser mais desastroso para a coordenação do nascente federalismo financeiro, foi a utilização expressiva da competência residual por parte da União³⁵. Quaisquer que sejam, todavia, as razões históricas para este movimento, sob a perspectiva dogmática, tal prática mostra-se incompatível com a ordem

distinct set of compulsory levies' to finance social policy for all Brazilians." HUEGLIN, Thomas O.; FENNA, Alan. *Comparative Federalism: A Systematic Inquiry*. Toronto: University of Toronto Press, 2015. p. 203.

31 SHAH, Anwar. Introduction: Principles of Fiscal Federalism. In: SHAH, Anwar. *The Practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives*. Montréal: McGill-Queen's University Press, 2007. p. 19.

32 "Na história constitucional brasileira, o tema da discriminação de competências teve uma evolução marcada por um caráter muito mais empírico do que racional. Os impostos foram de incluindo em cada texto constitucional a partir de realidades preexistentes, sendo o elenco que se encontra no texto de 1988 mera distribuição de impostos que já se conheciam por vezes com pequenas modificações. Em outras palavras, o constituinte de 1988 tinha uma noção (tipológica) da existência de tributos e com eles trabalhou na previsão de recursos financeiros para o Estado." SCHOUERI, Luís Eduardo. *A lei complementar e a repartição de competências tributárias*. In: COSTA, Alcides Jorge. *Sistema Tributário Nacional e a estabilidade da federação brasileira*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 680.

Para uma investigação histórica do federalismo no direito tributário brasileiro, veja-se: COSTA, Alcides Jorge. *História da tributação no Brasil: da República à Constituição de 1988*. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Curso de direito tributário e finanças públicas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

33 Como ressalta Misabel Derzi, o federalismo relaciona-se de perto com a democracia: "[...] o federalismo é uma descentralização do poder, guardando íntima relação com a democracia. Não se nega a possibilidade de a forma unitária de Estado conviver com regimes políticos que adotem o princípio democrático, mas a descentralização do poder peculiar à forma federal de estado acarreta mais facilmente a república democrática." DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 117.

34 Para uma investigação mais abrangente da história do federalismo no Brasil, veja-se: OLIVEIRA, Fabrício Augusto. *Teorias da federação e do federalismo fiscal: o caso brasileiro*. Texto para discussão n. 43. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2007.

35 OLIVEIRA, Fabrício Augusto; CHIEZA, Rosa Angela. *Auge e declínio da federação brasileira: 1988-2017*. In: ANFIP; FENAFISCO. *A Reforma Tributária Necessária: diagnóstico e premissas*. Brasília/São Paulo: Plataforma Política Social, 2018.

constitucional em vigor, como será demonstrado adiante. Antes de se passar, todavia, a uma avaliação crítica desta prática, é necessário apresentar a estrutura da repartição de competências tributárias na Constituição de 1988 que é, como se sabe, e em decorrência do federalismo, rígida³⁶.

Como ensina Sacha Calmon, a competência corresponde à divisão constitucional³⁷ do poder de tributar — “[...] originariamente uno por vontade do povo [...]”³⁸ — entre as pessoas jurídicas de direito público interno que, no Brasil, são a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios³⁹. Esta não se confunde, portanto, com a competência para legislar sobre direito tributário — concorrente, segundo impõe o art. 24, CR, cabendo à União legislar sobre normas gerais — tampouco com a capacidade tributária ativa que é a aptidão delegável de arrecadar tributos. Como ensina de longa data a doutrina nacional, a competência tributária é dotada das características da privatividade, indelegabilidade, incaducabilidade, inalterabilidade, irrenunciabilidade e facultatividade⁴⁰.

Ainda segundo o magistério de Sacha Calmon, a distribuição de competências⁴¹ na Constituição de 1988 segue um critério que resulta da coordenação do conceito de competência privativa (exclusiva)⁴² e de competência comum cumulado à teoria da vinculação da hipótese de incidência⁴³, esta última disseminada no Brasil por Geraldo Ataliba⁴⁴. É assim que os tributos vinculados a uma atuação estatal dizem-se de competência comum, isto é, podem ser instituídos por quaisquer dos entes federados, desde que estes sejam competentes administrativamente para a prática do ato que se associa à pessoa do contribuinte (prestação de serviço público específico e divisível ou exercício do poder de polícia, no caso das taxas; e realização de obra pública da qual decorra valorização imobiliária, no caso das contribuições de melhoria). Como a competência tributária nestes casos liga-se à competência administrativa, afirma-se, com espeque na literatura alemã, tratar-se de competência anexa⁴⁵.

No caso dos tributos não vinculados a uma atuação estatal, a repartição se dá com base no estabelecimento prévio dos fatos geradores que são, em seguida, distribuídos entre as pessoas jurídicas de direito público interno (impostos, empréstimos compulsórios e contribuições especiais). *Assim é que à União cabe instituir, além dos empréstimos compulsórios*

36 BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças. Atualização de Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 291.

37 Como lembra Humberto Ávila, para a determinação da competência tributária concorrem também as leis complementares. ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 141-142.

38 COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 47.

39 Ao contrário do que se passa, por exemplo, na Argentina, no Brasil o poder de tributar concedido aos Municípios é originário e não derivado. Sobre a classificação do poder tributário em originário e derivado, veja-se: FONROUGE, Giuliani. Derecho financiero. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 267-270.

40 Para uma definição de cada uma destas características, veja-se: CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 339-431.

41 Como quer a melhor doutrina, a Constituição não cria tributos, quem o faz é a pessoa constitucionalmente competente, mediante lei de sua lavra. BALEEIRO, Aliomar. Direito tributário brasileiro. Atualizado por Misabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 38.

42 Emprega-se aqui a denominação privativa, porque estabelecida na literatura tributária brasileira. Todavia, na teoria constitucional a modalidade de competência que não admite delegação é denominada exclusiva.

43 COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 51.

44 ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. São Paulo: Malheiros, 2013.

45 As competências administrativas na Constituição de 1988 estão dispostas nos arts. 21, 22 (União), art. 25, § 1º (competência residual dos Estados), art. 30 (Municípios) e art. 32, § 1º (competência dúplice do Distrito Federal).

e das contribuições especiais⁴⁶, os impostos previstos no art. 153; aos Estados aqueles previstos no art. 155; aos Municípios os arrolados no art. 156; e, finalmente, ao Distrito Federal cabem simultaneamente os impostos previstos nos arts. 155 e 156. Sob a perspectiva do contribuinte, que não será objeto de desenvolvimento neste trabalho, a discriminação de competências visa a preservar a capacidade contributiva, evitando múltiplas incidências sobre um mesmo fato gerador.

Além da classificação em privativa e comum, a literatura identifica também a competência residual e a extraordinária. Ambas cabem exclusivamente à União – o que demonstra o caráter centralizador do federalismo fiscal brasileiro – sendo a última a competência para instituir impostos extraordinários de guerra (art. 154, II, CR). A competência residual, por seu turno, desdobra-se no alcance de duas espécies tributárias – impostos e contribuições sociais⁴⁷ – devendo ser exercida nos limites contidos nos artigos 154, I, CR e 195, § 4º, CR.

A previsão de competência residual no Brasil remete à Constituição de 1934⁴⁸. Nos moldes atuais, em que cabe com exclusividade à União, sendo indelegável a outros entes, a Constituição prevê requisitos rigorosos para o seu exercício. Segundo o art. 154, I, CR, para instituir impostos residuais, a União deve valer-se de lei complementar, cuidando para que a nova exação não possua fato gerador ou base de cálculo própria daqueles impostos já previstos no texto constitucional.

No caso das contribuições sociais residuais, os requisitos remetem àqueles contidos no artigo 154, I, CR, motivo pelo qual instalou-se celeuma relativa à determinação do comando normativo mirado pela Constituição. As contribuições residuais deveriam atender à literalidade dos requisitos postos no artigo 154, I, CR? Isto é, deveriam ser instituídas mediante lei complementar, ser não cumulativas e não possuir fato gerador ou base de cálculo própria dos impostos previstos na Constituição? Ou, mais especificamente, o artigo 194, § 4º, CR, ao remeter ao artigo 154, I, CR, teria também o propósito de proibir a coincidência de base de cálculo de eventual contribuição residual com aquela dos impostos previstos na Constituição, a exemplo da restrição similar relativa às taxas (artigo 145, § 2º, CR)? Segundo o Supremo Tribunal Federal, a resposta é negativa⁴⁹. Assim, a instituição de novas contribuições para financiamento da seguridade social deve se dar mediante lei complementar (primeiro requisito), bastando que o legislador evite a coincidência do "fato gerador" e da base de cálculo com o de outras contribuições existentes⁵⁰ (segundo requisito).

46 Exceção são as contribuições sociais estaduais, municipais e distritais instituídas para financiar o regime previdenciário de seus servidores públicos, com fundamento no art. 149, § 1º, CR.

47 Para o regime jurídico das contribuições sociais, veja-se: LOBATO, Valter. O regime jurídico-constitucional das contribuições destinadas ao custeio da seguridade social: a importância basilar e estruturante da finalidade e os demais limites ao poder de tributar. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

Veja-se também: SPAGNOL, Werther Botelho. As contribuições sociais no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

48 Para um breve histórico, veja-se: SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 265-268.

49 "[...] quando o § 4º, do art. 195, da C.F. manda obedecer a regra da competência residual da União – art. 154, I – não estabelece que as contribuições não devam ter fato gerador ou base de cálculo de impostos. As contribuições, criadas na forma do § 4º, do art. 195, da C.F., não deve ter, isto sim, fato gerador e base de cálculo próprios das contribuições já existentes." A decisão encontra-se assim ementada:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS: EMPRESÁRIOS. AUTÔNOMOS e AVULSOS. Lei Complementar nº 84, de 18.01.96: CONSTITUCIONALIDADE. I. - Contribuição social instituída pela Lei Complementar nº 84, de 1996: constitucionalidade. II. - R.E. não conhecido.

BRASIL. Recurso Extraordinário nº 228.321-RS. Plenário. Rel. Ministro Carlos Velloso, D.J. 20.05.2003.

50 Vejam-se, por todos, os seguintes acórdãos: BRASIL. Recurso Extraordinário nº 177.137-RS. Plenário. Rel. Ministro Moreira Alves, D.J. 03.05.1996. BRASIL. Recurso Extraordinário nº 165.939-RS. Plenário. Rel. Ministro Moreira Alves, D.J.

No que diz respeito à partilha de receitas — “[...] principal forma de redistribuição interna de riquezas entre as unidades da federação brasileira⁵¹” — encontram-se na Constituição de 1988 duas formas de repartição do produto da arrecadação⁵²: a direta (simples) — por meio da qual um ente acessa diretamente parcela da receita auferida por outro — e a indireta (complexa), mediante a qual os recursos arrecadados são remetidos a fundos para posterior partilha entre os seus integrantes segundo critérios estabelecidos em lei⁵³. Verifica-se na Constituição apenas a modalidade de partilha vertical de receitas — aquela que “[...] ocorre do ente maior para o menor [...]”⁵⁴, ou seja, da União para os Estados ou para os Municípios e dos Estados para os Municípios — não se encontrando no direito brasileiro as denominadas repartições horizontais — aquelas que se dão dos entes mais ricos em favor das unidades mais pobres de uma federação — verificadas no direito australiano e alemão⁵⁵.

Peculiaridade da constituição fiscal brasileira é o fato de que as contribuições residuais, diferentemente dos impostos residuais, não se sujeitam ao esquema de partilha de receitas. A exceção não deve causar espanto, em primeiro lugar, porque as contribuições são tributos cujo produto da arrecadação é vinculado ao atendimento de certas finalidades eleitas pela Constituição. Em segundo lugar e como mencionado anteriormente, a descentralização dos recursos promovida pela Constituição de 1988, não se fez acompanhar de uma efetiva descentralização dos encargos financeiros.

Ocorre que esta concentração de encargos na União, somada ao regime mais rigoroso para instituição de novos impostos e à necessidade de partilha do produto de sua arrecadação com os demais entes federados, resultou na utilização recorrente da competência residual para instituir novas contribuições o que, acompanhado do mecanismo de desvinculação de receitas criado pela Emenda Constitucional nº 27, de 2000, acabou por enviesar ainda mais a constituição fiscal a seu favor⁵⁶. Atentando-se para a perspectiva funcional,

03.05.1996.; e BRASIL. Recurso Extraordinário nº 228.321-RS. Plenário. Rel. Ministro Carlos Velloso, D.J. 20.05.2003.

51 MOREIRA, André Mendes. O Federalismo Brasileiro e a Repartição de Receitas Tributárias. In: MOREIRA, André Mendes; DERZI, Misabel de Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. (orgs.). Estado federal e tributação: das origens à crise atual. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 169.

52 Para uma análise exaustiva da repartição de receitas na Constituição de 1988, incluindo suas classificações em obrigatórias e voluntárias, vinculadas e não vinculadas, além das diretas e indiretas, veja-se: MOREIRA, André Mendes. O Federalismo Brasileiro e a Repartição de Receitas Tributárias. In: MOREIRA, André Mendes; DERZI, Misabel de Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. (orgs.). Estado federal e tributação: das origens à crise atual. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

53 COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 286.

54 MOREIRA, André Mendes. O Federalismo Brasileiro e a Repartição de Receitas Tributárias. In: MOREIRA, André Mendes; DERZI, Misabel de Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. (orgs.). Estado federal e tributação: das origens à crise atual. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 158.

55 “With the notable exception of the United States, therefore, most federal systems have established fiscal equalization programs. Only some federations such as Germany, Canada, and Switzerland have written an obligation to fiscal equalization into their constitutions—thus acknowledging it as part of the basic compact of federal union. Such a constitutional obligation, however, is not an automatic indication of the degree to which equalization may actually be practised. While Germany has one of the most comprehensive systems of equalization, so does Australia—where no constitutional requirement for horizontal redistribution exists at all.” HUEGLIN, Thomas O.; FENNA, Alan. Comparative Federalism: A Systematic Inquiry. Toronto: University of Toronto Press, 2015. p. 172.

56 “O padrão de ajuste que o governo federal adotou a partir dessa realidade e do qual não abriu mão até os dias atuais tornou-se perverso tanto para a estrutura tributária como para o crescimento econômico e para a própria federação. Por serem em geral de natureza cumulativa, à medida que incidem sobre o faturamento, a receita bruta ou a folha de salários, o maior avanço das contribuições sociais na estrutura tributária pioraria a qualidade do sistema de impostos, ao mesmo tempo em que comprometeria o princípio da competitividade ao onerar, mais que os impostos sobre o valor agregado, a produção nacional. No tocante à federação, porque a prioridade que se passou a dar à sua cobrança enfraqueceria, em termos relativos, a arrecadação dos impostos tradicionais, especialmente do IR e do IPI, diminuindo a participação relativa das esferas subnacionais no bolo tributário e revertendo os objetivos perseguidos com a reforma tributária da Constituição de modificar a equação da repartição federativa das receitas.” OLIVEIRA, Fabrício Augusto; CHIEZA, Rosa Angela. Auge e declínio da federação brasileira: 1988-2017. In: ANFIP; FENAFISCO. A Reforma Tributária Necessária: diagnóstico e premissas. Brasília/São Paulo: Plataforma Política Social, 2018. p. 565-566.

verifica-se, não obstante, que os requisitos para o exercício da competência residual devem ser buscados em uma interpretação sistemática da Constituição, o que implica reconhecer que o seu exercício está condicionado também a outros requisitos além daqueles nominalmente previstos no artigo 195, § 4º c/c 154, I, CR, como se verá a seguir.

4. O INFLUXO DO FEDERALISMO NO MANDAMENTO DE CONFORMIDADE FUNCIONAL NA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Tradicionalmente, o mandamento da conformidade funcional tem sido compreendido como uma norma que diz respeito à preservação do princípio da Separação de Poderes⁵⁷. Aduzem os autores que se debruçaram sobre este princípio que a Constituição deve ser interpretada de modo a que a norma construída pelo intérprete preserve o esquema de repartição de incumbências previsto em seu texto. É dizer que a Constituição estabelece uma distribuição de encargos e, ao fazê-lo, sinaliza “[...] a vocação de cada um dos órgãos do Estado, o tipo de legitimação que caracteriza suas decisões, bem como as capacidades institucionais que reúne [...]”⁵⁸.

Na formulação clássica de Konrad Hesse, o princípio, que se denomina “critério da exatidão funcional” volta-se sobretudo para uma restrição da atividade criadora da Corte Constitucional, exigência paralela àquela da legalidade e da Separação de Poderes que recomenda reverência à atividade legislativa, pois esta última seria o *locus privilegiado da criação normativa*⁵⁹. Alargando a extensão semântica do princípio, José Canotilho afirma a sua incidência também nas “[...] relações verticais do poder (Estado/regiões, Estado/autarquias locais)”⁶⁰, o que faria deste um princípio intimamente ligado à distribuição de competências no sentido exposto neste trabalho (descentralização de poder entre entes autônomos). Este desdobramento é especialmente relevante nos Estados que assumem a forma federativa, como é o caso do Brasil.

O federalismo, enquanto norma estruturante do sistema jurídico brasileiro, obriga a adequar-se o princípio da conformidade funcional à sua força normativa. É que, como rememora Sacha Calmon, citando o Digesto, na epígrafe de sua festeja obra: “*incivile est, nisi lege prospecta, una aliqua partícula ejus proposita, judicare, vel respondere*”⁶¹ – isto é, o caráter

57 Para um exemplo desta abordagem, veja-se: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 1212. ed. eletr.

58 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 1212. ed. eletr.

59 “Um princípio da interpretação constitucional é o critério da exatidão funcional. Se a Constituição ordena a respectiva tarefa e a colaboração dos titulares de funções estatais em uma determinada forma, então o órgão interpretador tem de manter-se no quadro das funções a ele atribuídas; ele não deve, pela maneira e pelo resultado de sua interpretação, remover a distribuição das funções. Em especial, isso vale para a relação entre legislador e Tribunal Constitucional: como ao Tribunal cabe, diante do legislador, somente uma função controladora, é negada a ele uma interpretação que iria conduzir a uma limitação da liberdade conformadora do legislador mais além dos limites traçados pela Constituição ou a uma configuração por meio do tribunal mesmo.” HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 67.

60 CANOTILHO, José J. G. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2011. p. 1225.

61 Na tradução do autor: “É contra o Direito julgar ou responder sem examinar o texto em conjunto, apenas considerando uma parte qualquer do mesmo.” COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário brasileiro. Rio de Janeiro: Forense,

sistemático do direito não pode ser olvidado quando da interpretação de qualquer de seus elementos.

Nas federações, o princípio da conformidade funcional demanda também que a Constituição seja interpretada de modo a se preservar as competências outorgadas aos entes subnacionais. Como amparo em Friedrich Müller, pode-se afirmar que o mandamento da correção funcional, torna o federalismo relevante com vistas ao próprio método de interpretação constitucional⁶². Nesta toada, a interpretação dos dispositivos que compõem a Constituição fiscal brasileira — quais sejam, os artigos referentes ao Sistema Tributário Nacional e à repartição de receitas tributárias — deve se dar sob a ótica da partilha de poder estabelecida pelo princípio federal. Ora, como afirma Valter Lobato, recordando Ataliba, “[...] os princípios que devem nortear o Ordenamento Jurídico Pátrio, via de consequência, o próprio Sistema Tributário, são o Federalismo e a separação de poderes na preservação do Estado Democrático de Direito.⁶³”

*É necessário, entretanto, cautela, pois a competência residual, prevista em duas ocasiões no texto constitucional, cabe indubiosamente à União, não sendo passível de qualquer admoestação o seu exercício *de per si*. Muito antes pelo contrário, a criação de novos tributos (impostos e contribuições sociais) é prerrogativa da pessoa jurídica de direito público interno a quem a Constituição atribuiu tal possibilidade, consistindo em importante elemento de sua estrutura fiscal, indissociável, portanto, de sua autonomia política. A despeito de sua natural conformidade com o texto constitucional, o exercício da competência residual não pode “[...] alterar a distribuição constitucionalmente normatizada [...]”⁶⁴ de poder entre as unidades da Federação. É dizer que a concretização da Constituição⁶⁵ deve inexoravelmente levar em conta o equilíbrio das relações de poder entre os entes federados.*

5. O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA RESIDUAL POR PARTE DA UNIÃO E A PERTURBAÇÃO DO MODELO CONSTITUCIONAL DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

Como visto acima, a concretização de qualquer norma constitucional deve levar em conta o esquema primordial de repartição de competências no qual aquela norma está inserida. A interpretação de texto relativo à competência tributária não pode resultar na construção de norma que atente contra a própria distribuição de competências. Eventualmente, exercício formalmente adequado e aparentemente legítimo de competência tributária, pode afrontar a Constituição. É neste momento que se faz relevante o mandamento de conformi-

2018. (epígrafe)

62 MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho no direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 139.

63 LOBATO, Valter de Souza. O custeio da seguridade social e os benefícios de risco: os princípios aplicáveis e os limites ao poder de tributar. In: DERZI, Misabel de Abreu Machado (org.). Separação de poderes e efetividade do sistema tributário. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 433.

64 MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho no direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 139.

65 Utiliza-se o termo “concretização” aqui no sentido que lhe da Friedrich Müller, citado anteriormente. Cf. MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho no direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 121.

dade funcional, pois ao introduzir o federalismo como uma consideração de método, revela os limites internos do exercício desta modalidade de outorga do poder de tributar.

Como já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal no Ag.Reg. RE nº 793564-PE, a mera desvinculação de receitas da União não tem o condão de transmutar em imposto as contribuições sociais:

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – RECEITAS – DESVINCULAÇÃO – ARTIGO 76 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS – EMENDAS CONSTITUCIONAIS Nº 27, DE 2000 E Nº 42, DE 2003 – MODIFICAÇÃO NA APURAÇÃO DO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS. A desvinculação parcial da receita da União, constante do artigo 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não transforma as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico em impostos, alterando a essência daquelas, ausente qualquer implicação quanto à apuração do Fundo de Participação dos Municípios. Precedente: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.925/DF, em que fui designado redator para o acórdão. MULTA – AGRAVO – ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Surgindo do exame do agravo o caráter manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil.⁶⁶

De fato, o que se atinge por vias transversas com o uso reiterado deste instrumento não é propriamente a natureza das contribuições, cujo recurso estaria agora parcialmente desafetado, mas sim a equalização fiscal, que é componente normativo da forma federativa de Estado no Brasil. Analisando-se a questão superficialmente – isto é, considerando-se exclusivamente o ângulo formal da atribuição de competências e da repartição de receitas –, de fato não caberia cogitar da participação de Estados ou Municípios no recurso arrecadado com estes tributos. É o que conclui o Supremo Tribunal no acórdão do Recurso Extraordinário nº 537.610/RS de lavra do Ministro Cezar Peluso, assim ementado:

TRIBUTO. Contribuição social. Art. 76 do ADCT. Emenda Constitucional nº 27/2000. Desvinculação de 20% do produto da arrecadação. Admissibilidade. Inexistência de ofensa a cláusula pétrea. Negado seguimento ao recurso. Não é inconstitucional a desvinculação de parte da arrecadação de contribuição social, levada a efeito por emenda constitucional.⁶⁷

No mesmo sentido, o posicionamento exarado pelo Supremo Tribunal no Recurso Extraordinário nº 566.007/RS⁶⁸. Como visto anteriormente, segundo a melhor literatura, a compe-

66 "A desvinculação parcial da receita da União, constante no referido artigo 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não transforma as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico em impostos, alterando a essência daquelas." BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 793564-PE. Plenário, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe 01.10.2014.

67 BRASIL. Recurso Extraordinário nº 537.610/RS. Plenário. Rel. Ministro Cezar Peluso, DJ 18.12.2009.

68 A decisão encontra-se assim ementada: DIREITOS CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DESVINCULAÇÃO DE RECEITAS DA UNIÃO – DRU. ART. 76 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE A ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DA DRU E O DIREITO À DESONERAÇÃO TRIBUTÁRIA PROPORCIONAL À DESVINCULAÇÃO. ILEGITIMIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. A questão nuclear deste recurso extraordinário não é se o art. 76 do ADCT ofenderia norma permanente da Constituição da República, mas se, eventual inconstitucionalidade, conduziria a ter a Recorrente direito à desoneração proporcional à desvinculação das contribuições sociais recolhidas. 2. Não é possível concluir que, eventual inconstitucionalidade da desvinculação parcial da receita das contribuições sociais, teria como consequência a devolução ao contribuinte do montante correspondente ao percentual desvinculado, pois a tributação não seria inconstitucional ou ilegal, única hipótese autorizadora da repetição do indébito tributário ou o reconhecimento de inexistência de relação jurídico-tributária. 3. Não tem legitimidade para a causa o contribuinte que pleiteia judicialmente a restituição ou o não recolhimento proporcional à desvinculação das receitas de contribuições sociais instituída pelo art. 76 do ADCT, tanto em sua forma originária quanto na forma das alterações promovidas pelas Emendas Constitucionais n. 27/2000, 42/2003, 56/2007, 59/2009 e 68/2011. Ausente direito líquido e certo para a impetração de mandados de

tência deve ser compreendida como um arranjo em rede, de cujo equilíbrio dependem todos os entes federados. No Brasil, a forma federativa de Estado, enunciada já no artigo inaugural da Constituição, nos termos do seu artigo 60, § 4º, I, não pode ser abolida sequer por emenda constitucional. É assim que o programa normativo relativo à competência residual esbarra no limite textual explícito⁶⁹ da forma federada de Estado que é, simultaneamente, elemento relevante em relação ao método para concretização e em relação ao conteúdo da norma jurídica, o que foi ignorado pelo STF iterativamente:

Foram as Emendas Constitucionais nº 27/2000 e nº 42/2003 que, alterando o art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinaram a desvinculação das receitas de impostos e contribuições sociais da União e sua aplicação na Conta Única do Tesouro Nacional, sem que aqui desponte incompatibilidade com o restante do texto constitucional. Ademais, é de se observar que a norma que determina a vinculação da destinação do produto da arrecadação das contribuições sociais não assume caráter de cláusula pétrea, uma vez não contemplada pelo art. 60, § 4º, da Constituição Federal [...]. Destarte, nada impede que Emenda Constitucional estatua desvinculação de rezeitar, como fizeram as Emendas Constitucionais nº 27/200 e 42/2003.⁷⁰

É dizer, para verificar se o exercício da competência residual está em conformidade com a Constituição, não pode o intérprete se limitar a uma leitura "fria" do art. 60, § 4º, para constatar que a vinculação dos recursos arrecadados é cláusula passível de modificação pelo poder constituinte derivado. Para se identificar o programa da norma em questão, não é suficiente investigar a compatibilidade formal do ato de exercício da competência com o esquema de repartição previsto na Constituição (legitimidade formal) ou a sua eventual flexibilidade no texto da constituição. É necessário, ainda, que o intérprete verifique se o seu exercício é compatível com a norma superior (mais genérica) que orienta aquela repartição, donde a aplicabilidade do critério da conformidade funcional.

Ao prever a competência residual tanto para a instituição de impostos quanto para a instituição de contribuições sociais, a norma em questão enlaça o exercício da competência residual ao alcance da finalidade atinente a esta importante espécie tributária – o financiamento da seguridade social. Não quis a Constituição, todavia, limitar a União, tendo lhe concedido parcela da competência para a instituição de impostos, de modo a ampliar o seu espaço fiscal quando necessário. Naturalmente, a competência para a instituição de novos impostos visa a abastecer os cofres públicos de receita não afetada⁷¹, conseqüentemente disponível para financiar todos os demais encargos da União. Identifica-se, portanto, um

segurança. 4. Negado provimento ao recurso extraordinário. BRASIL. Recurso Extraordinário nº 566.007/RS. Plenário. Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJ 11.02.2015.

69 Segundo Riccardo Guastini, a interpretação constitucional sujeita-se a limites implícitos e explícitos. Estes últimos são "[...] aqueles expressamente estabelecidos pelo mesmo documento constitucional interpretado ao pé da letra." GUASTINI, Riccardo. Interpretar y argumentar. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. p. 320. (trad. livre) Para Friedrich Müller, a remissão da literatura positivista a limites semânticos fixados na literalidade dos vocábulos que compõem o texto normativo é ilusória. Todavia, toma-se neste trabalho o sentido da limitação como explícito não em vista de uma suposta enunciação linguística literal ("a forma federativa de Estado"), mas sim de sua previsão no texto normativo que se contrapõe a limites derivados da norma propriamente dita (após a sua concretização). Cf. MÜLLER, Friedrich. Teoria estruturante do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 244 ss.

70 BRASIL. Recurso Extraordinário nº 537.610/RS. Plenário. Rel. Ministro Cezar Peluso, DJ 18.12.2009.

71 Para uma reflexão em torno da relação do princípio da não-afetação da receita de impostos e o princípio da igualdade, veja-se: DERZI, Misabel Abreu Machado. O princípio da não afetação da receita de impostos e a justiça distributiva. HORVATH, Estevão; CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Org.). Direito Financeiro, Econômico e Tributário: estudos em homenagem a Regis Fernandes de Oliveira. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

esquema singelo que corresponde ao aspecto teleológico da norma que condiciona o exercício da competência residual:

- 1) Diante da necessidade de obter recursos para financiar despesas com a seguridade social, deve a União instituir contribuições sociais residuais. Tendo em vista que o produto da arrecadação das contribuições é vinculado a despesas, não há que se cogitar da repartição da receita arrecadada com os demais entes federados, como quer a própria Constituição.
- 2) Diante da necessidade de obter recursos para financiar despesas gerais, previstas no orçamento fiscal, deve a União instituir impostos residuais. Neste caso, destinará obrigatoriamente 20% do produto arrecadado aos Estados e ao Distrito Federal, nos termos do artigo 157, II, CR.

A razão que se encontra por detrás deste esquema não é, todavia, pueril. Trata-se de preservar a equalização fiscal entre os entes federados, exigência da própria democracia que não tolera o desrespeito aos textos de normas remissíveis a vontade do povo (a forma federativa de Estado é exemplo) por parte dos próprios elementos constitutivos do Estado⁷². Ao instituir reiteradamente contribuições sociais, desvinculando o produto de sua arrecadação, para compor o orçamento fiscal, a União visa a elidir os requisitos previstos no artigo 154, I, CR.

Assim o fazendo, não apenas desequilibra irremediavelmente a constituição fiscal em seu favor, como, ao privar as demais unidades da Federação de recursos, limita o poder de ação destas, o que consiste em um atentado (indireto) à sua competência. É por este motivo que a utilização da competência residual tal como prevista no item 1 acima (instituição de contribuições sociais) para os fins contidos no item 2 (financiamento das despesas gerais da União) mostra-se incompatível com a Constituição de 1988, ainda que aparente legitimidade. Novamente, cabe invocar os ensinamentos de Sacha Calmon que, recordando a adjunção entre finalidade e competência nos tributos causais e finalísticos, afirma:

Não faz sentido a Constituição proibir a afetação de impostos a órgão, fundo, programa ou despesa (art. 167, IV) e submeter a severas limitações o exercício da competência residual para criar impostos e contribuições novas, além dos discriminados na Constituição, preservando assim o sistema de repartição das competências tributárias impositivas das pessoas políticas e, ao mesmo tempo, a doutrina e a jurisprudência, admitirem, à margem do sistema constitucional, a criação *a la diable*, de milhares de "contribuições interventivas" e sociais em sentido lato (fora do art. 195 da CF) para os mais variados fins e que são, pela análise de seus fatos geradores, verdadeiros impostos instituídos por leis ordinárias.⁷³

De fato, uma compreensão adequada da norma em questão orienta o intérprete no sentido de que a escolha pela utilização de uma ou de outra espécie residual não é pura e simples prerrogativa política da União. Como se sabe, cabe ao texto constitucional, nos Estados Democráticos de Direito, como ainda é o caso do Brasil, a normatização do processo político⁷⁴. No presente caso, a necessária adequação da finalidade das receitas que serão auferidas com a espécie tributária que se pretende instituir *representa um limite incontorná-*

72 Neste sentido: MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho no direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 140.

73 COELHO, Sacha Calmon Navarro. Contribuições no direito brasileiro: seus problemas e soluções. In: DERZI, Misabel de Abreu Machado (org.). Separação de poderes e efetividade do sistema tributário. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 430.

74 MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho no direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 140.

vel ao exercício da competência residual, sob a perspectiva da correção funcional. De outro modo, se estaria permitindo que a União modificasse unilateralmente, e por vias transversas, o padrão de repartição de receitas imposto pelo princípio do federalismo, o que consistiria em fraude à Constituição, em detrimento do próprio pacto federativo.

6 CONCLUSÃO

Como indica a revisão da literatura realizada neste trabalho, a multiplicidade de modelos de Estados federados existentes recomenda que se compreenda o federalismo mais como um princípio de organização política, isto é, como um tipo político, do que como um modelo ideal bem determinado. Neste sentido, como demonstramos, uma teoria adequada parece ser a de Daniel Elazar, para quem um sistema federal é um complexo em formato de rede, no qual os elementos encontram-se interligados por arranjos de interdependência.

Nos países que adotam o federalismo, a questão das finanças públicas torna-se premente, pois, para garantir a autonomia política dos entes subnacionais é preciso resguardar a sua autonomia financeira. Não por outro motivo é que a Constituição de 1988 procede, como visto, a uma minuciosa repartição de competências tributárias que se faz acompanhar de um mecanismo de redistribuição vertical de receitas. Neste arranjo, coube à União a possibilidade de instituir tributos outros, além daqueles previstos no texto originário da Constituição, fenômeno a que se denomina "competência residual". Esta pode ser utilizada para dar surgimento a impostos ou contribuições novas. No caso dos impostos residuais, a Constituição determina a repartição do produto de sua arrecadação com os Estados (art. 157, II, CR), inexistindo regra similar relativamente às contribuições sociais residuais. É dizer que a Constituição não previu a partilha dos recursos auferidos com novas contribuições sociais eventualmente criadas pela União. A razão para tanto está na natureza deste tributo, cujo produto da arrecadação é vinculado a determinados fins constitucionalmente privilegiados, no caso, o financiamento da seguridade social. Não obstante a aparência de legitimidade, reconhecida inclusive pelo Supremo Tribunal Federal em mais de uma ocasião, a concretização da Constituição fiscal exige que se adote uma interpretação da competência residual conforme ao critério de correção funcional.

Como demonstramos neste trabalho, nos Estados federativos, o princípio de correção funcional, também chamado de mandamento de conformidade funcional, exige que o resultado da interpretação esteja em conformidade com a estrutura federal, isto é, com a divisão constitucional de competências. Com fundamento em Friedrich Müller, pode-se afirmar que este princípio transpõe o federalismo para ocupar espaço na própria metodologia de construção das normas constitucionais. É dizer que por força do critério de correção funcional, o federalismo torna-se relevante para o aplicador do direito em relação ao próprio método de abordagem do texto constitucional.

Esta influência dúplice do federalismo na construção da norma que cria a competência residual obriga a que se observem os seus limites internos. Assim, concluímos que o exercício da competência residual não pode ofender a equalização fiscal, componente inarredável da forma federativa de Estado no Brasil. Por este motivo, não basta verificar apenas a

conformidade formal – seja na perspectiva da desvinculação de receitas, seja na da criação de novas contribuições sociais – ambos os fatos devem ser avaliados à luz da norma que orienta a própria distribuição de competência aos entes da Federação brasileira. Dessarte, como demonstrado neste trabalho, não se pode ignorar que, ao prever duas diferentes hipóteses de exercício de competência residual, a Constituição vincula a escolha de cada uma das hipóteses à destinação que se pretende dar aos recursos que serão arrecadados. Se o intuito é a obtenção de nova fonte de receita para o financiamento de despesas gerais, a União deverá utilizar-se da competência residual prevista no artigo 154, I, CR. Neste caso, impõe-se a repartição do produto arrecadado com os Estados, nos termos do art. 157, II, CR. Por outro lado, se o intuito é a obtenção de receitas para financiar a seguridade social, a União poderá utilizar-se da competência residual prevista no artigo 194, § 4º, CR, ocasião em que estará dispensada de qualquer obrigação relativa à repartição dos recursos. A conclusão que se depreende de uma interpretação conforme ao mandamento da correção funcional é a de que a opção pela criação de uma ou outra espécie residual não cabe à simples discricionariedade da União. A análise do princípio da correção funcional à luz do federalismo fiscal brasileiro demonstrou que a adequação da finalidade das receitas auferidas com a espécie tributária a ser instituída representa um limite objetivo ao exercício da competência residual.

REFERÊNCIAS

- ALTHUSIUS, Johannes. Politics as the Art of Associating. In: JARMIS, Dimitrios; NORMAN, Wayne (eds.). *Theories of Federalism: A Reader*. New York: Palgrave MacMillan, 2005.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atualizado por Misabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Atualização de Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 35, p. 13-52, 1996.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; DE OLIVEIRA, Ludmila Mara Monteiro; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. Que pacto federativo? Em busca de uma teoria normativa adequada ao federalismo fiscal brasileiro. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes. *Estado federal e tributação: das origens à crise atual*. Belo Horizonte: Arraes, 2015.
- BLÖCHLIGER, Hansjörg; KIM, Junghun. *Fiscal Federalism: Making Decentralization Work*. Paris: OECD Publishing, 2016.
- BOADWAY, Robin; SHAH, Anwar. *Fiscal Federalism: Principles and Practices of Multiorder Governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.
- BRASIL. *Emenda Constitucional nº 27, de 2000*. Acrescenta o art. 76 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo a desvinculação de arrecadação de impostos e contribuições sociais da União. Dis-

ponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2000/emendaconstitucional-27-21-marco-2000-373981-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 08 ago. 2018.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 42, de 2003*. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2003/emendaconstitucional-42-19-dezembro-2003-497205-norma-pl.html>. Acesso em: 08 ago. 2018.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 56, de 2007*. Prorroga o prazo previsto no caput do art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2007/emendaconstitucional-56-20-dezembro-2007-567249-norma-pl.html>. Acesso em: 08 ago. 2017.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 68, de 2011*. Altera o art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2011/emendaconstitucional-68-21-dezembro-2011-612061-publicacaooriginal-134728-pl.html>. Acesso em: 08 ago. 2018.

BRASIL. *Emenda Constitucional Nº 93, de 2016*. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para prorrogar a desvinculação de receitas da União e estabelecer a desvinculação de receitas dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2016/emendaconstitucional-93-8-setembro-2016-783591-publicacaooriginal-151044-pl.html>. Acesso em: 08 ago. 2018.

BRASIL. *Recurso Extraordinário nº 165.939-RS*. Plenário. Rel. Ministro Moreira Alves, D.J. 03.05.1996.

BRASIL. *Recurso Extraordinário nº 177.137-RS*. Plenário. Rel. Ministro Moreira Alves, D.J. 03.05.1996.

BRASIL. *Recurso Extraordinário nº 228.321-RS*. Plenário. Rel. Ministro Carlos Velloso, D.J. 20.05.2003.

BRASIL. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 793.564-PE*. Plenário, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe 01.10.2014.

BRENNAN, G.; BUCHANAN, J. *The Power to Tax: Analytical Foundations of a Fiscal Constitution*. Cambridge: Cambridge University Press, 1980.

BRETON, Albert. Modelling vertical competition. In: AHMAD, Ehtisham; BROSIO, Giorgio. (eds.). *Handbook of Fiscal Federalism*. Cheltenham: Edward Elgar, 2006.

BURGESS, Michael. *Comparative Federalism: Theory and Practice*. London: Routledge, 2006.

CABRAL, Nazaré da Costa. *A teoria do federalismo financeiro*. Coimbra: Almedina, 2015.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 1999.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Contribuições no direito brasileiro: seus problemas e soluções. In: DERZI, Misabel de Abreu Machado (org.). *Separação de poderes e efetividade do sistema tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CORWIN, Edward S. The passing of dual federalism. *Virginia Law Review*, v. 36, n. 01, p. 01-24, 1950.

COSTA, Alcides Jorge. História da tributação no Brasil: da República à Constituição de 1988. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Curso de direito tributário e finanças públicas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

DERZI, Misabel Abreu Machado. O princípio da não afetação da receita de impostos e a justiça distributiva. HORVATH, Estevão; CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Direito Financeiro, Econômico e Tributário: estudos em homenagem a Regis Fernandes de Oliveira*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

DERZI, Misabel Abreu Machado; DE BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. O princípio federativo e a igualdade: uma perspectiva crítica para o sistema jurídico brasileiro a partir da análise do modelo alemão. In: DERZI, Misabel de Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes. *Estado federal e guerra fiscal no direito comparado*. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ELAZAR, Daniel J. *Federalism and Political Integration*. Lanham: University Press of America, 1984.

- FØLLESDAL, Andreas. Competing Conceptions of Subsidiarity. In: FLEMING, James E.; LEVY, Jacob T. *Federalism and Subsidiarity*. New York: New York University Press, 2014.
- FONROUGE, Giuliani. *Derecho financiero*. Buenos Aires: La Ley, 2004.
- GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- HORTA, Raul Machado. Organização Constitucional do Federalismo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 28-29, p. 09-32, 1986.
- HUEGLIN, Thomas O. *Early modern concepts for a late modern world: Althusius on community and federalism*. Waterloo: Wilfrid Laurier University Press, 1999.
- HUEGLIN, Thomas O. Federalism, Subsidiarity and the European Tradition: Some Clarifications. *Telos*, n. 100, p. 37-55, 1994.
- HUEGLIN, Thomas O. ; FENNA, Alan. *Comparative Federalism: A Systematic Inquiry*. Toronto: University of Toronto Press, 2015.
- LOBATO, Valter. *O regime jurídico-constitucional das contribuições destinadas ao custeio da seguridade social: a importância basilar e estruturante da finalidade e os demais limites ao poder de tributar*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.
- LOBATO, Valter. O custeio da seguridade social e os benefícios de risco: os princípios aplicáveis e os limites ao poder de tributar. In: DERZI, Misabel de Abreu Machado (org.). *Separação de poderes e efetividade do sistema tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- MAJOCCHI, Alberto. Theories of Fiscal Federalism and the European Experience. In: WARD, Ann; WARD, Lee. (eds.). *The Ashgate Research Companion to Federalism*. Farnham: Ashgate, 2009.
- MOOTS, Glenn A. The Covenant Tradition of Federalism: The Pioneering Studies of Daniel J. Elazar. In: WARD, Ann; WARD, Lee. (eds.). *The Ashgate Research Companion to Federalism*. Farnham: Ashgate, 2009.
- MOREIRA, André Mendes; DERZI, Misabel de Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. (orgs.). *Estado federal e tributação: das origens à crise atual*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Fabrício Augusto. *Teorias da federação e do federalismo fiscal: o caso brasileiro*. Texto para discussão n. 43. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2007.
- OLIVEIRA, Fabrício Augusto; CHIEZA, Rosa Angela. Auge e declínio da federação brasileira: 1988-2017. In: ANFIP; FENAFISCO. *A Reforma Tributária Necessária: diagnóstico e premissas*. Brasília/São Paulo: Plataforma Política Social, 2018.
- RILKER, W. Federalism. In: GREENSTEIN, F.; POLSBY N. (eds.). *The Handbook of Political Science: Government Institutions and Processes*. Boston: Addison-Wesley Pub. Co., 1975.
- SACCHETTO, C. Analysis of Fiscal Federalism from a Comparative Tax Law Perspective. In: BIZIOLI, G.; SACCHETTO, C. (eds.). *Tax Aspects of Fiscal Federalism: A Comparative Analysis*. Amsterdam: IBFD, 2011.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. A lei complementar e a repartição de competências tributárias. In: COSTA, Alcides Jorge. *Sistema Tributário Nacional e a estabilidade da federação brasileira*. São Paulo: Noeses, 2012.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- SCHÜTZE, Robert. *From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- SHAH, Anwar. Introduction: Principles of Fiscal Federalism. In: SHAH, Anwar. *The Practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives*. Montréal: McGill-Queen's University Press, 2007.

Thiago Álvares Feital

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. *ed. eletr.*

SPAGNOL, Werther Botelho. *As contribuições sociais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VILE, M.J.C. Federal Theory and the "New Federalism". In: JAENSCH, D. (ed.) *The Politics of New Federalism*. Adelaide: Australian Political Studies Association, 1977.

Recebido/Received: 28.03.2019.

Aprovado/Approved: 04.07.2020.

OS NOVOS DESAFIOS DA ADVOCACIA TRIBUTÁRIA E A ARBITRAGEM FISCAL EM DESTAQUE

THE NEW CHALLENGES OF TAX
ADVOCACY AND FISCAL ARBITRATION

BRUNO BASTOS DE OLIVEIRA¹

MARIA DAS GRAÇAS MACENA DIAS DE OLIVEIRA²

RESUMO

O presente artigo faz um estudo sobre os novos desafios enfrentados pela advocacia tributária no contexto das mudanças demandadas pela realidade do século XXI. Vivencia-se o esgotamento da capacidade do poder Judiciário em atender aos anseios da sociedade, em especial no que tange aos conflitos de natureza fiscal. Assim, a arbitragem fiscal surge como mecanismo adequado, porém questiona-se se a advocacia já está preparada para essa realidade, bem como o papel do advogado nesse contexto. Outro questionamento a ser enfrentado reside na possibilidade de implementação da arbitragem fiscal no ordenamento jurídico brasileiro. A partir de método de pesquisa dedutivo, com técnica exploratória, bibliográfica e qualitativa, conclui-se que a falta de efetividade dos meios existentes para a solução de conflitos, em especial os de natureza tributária, revela grande insegurança jurídica, devendo a advocacia estar preparada para essa nova realidade que se apresenta, na atuação de lides arbitrais.

Palavras-chave: Advocacia tributária. arbitragem fiscal. eficiência.

ABSTRACT

This article makes a study about the new challenges faced by tax law in the context of the changing demands for the reality of the 21st century. There is an exhaustion of the capacity of the Judiciary to meet the needs of society, especially with regard to conflicts of a fiscal nature. Thus, tax arbitration appears as an adequate mechanism, but it is questioned whether the legal profession is already prepared for this reality, as well as the role of the lawyer in this context. Another question to be faced is the possibility of implementing tax arbitration in the Brazilian legal system. Based on a deductive research method, with exploratory, bibliographic and qualitative techniques, it is concluded that the lack of effectiveness of the existing means for resolving

1 Professor Permanente do PPGD UNIMAR. Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento e Mestre em Direito Econômico, ambos pela UFPB. Especialista em Direito Tributário pela UNISUL. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4563-6366>. E-mail: bbastos.adv@gmail.com.

2 Mestranda em Direito no PPGD UNIMAR. E-mail: mariamacenaadv@gmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

OLIVEIRA, Bruno Bastos de; OLIVEIRA, Maria das Graças Macena Dias de. *Os novos desafios da advocacia tributária e a arbitragem fiscal em destaque*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 2, p. 121-136, Maio/Ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i2.7826>.

conflicts, especially those of a tax nature, reveals great legal uncertainty, and the law must be prepared for this new reality that presents itself, in the performance of arbitration cases.

Keywords: Tax advocacy. tax arbitration. efficiency.

1. INTRODUÇÃO

O mundo globalizado, a sociedade informacional e o avanço da tecnologia se apresentam como fatores impactantes para a modificação estrutural das mais antigas profissões que se tem conhecimento, estando a advocacia inserida nesse contexto de ruptura de paradigmas, próprio do século XXI.

Vivencia-se no Brasil, com especial destaque, uma sociedade extremamente conflituosa, ou seja, as mais diversas relações jurídicas que se estabelecem no meio social tendem a se transformar em litígios que acabam refletindo na maximização significativa do papel do Poder Judiciário, que não consegue desempenhar seu mister com eficiência e celeridade, por inúmeras razões.

Fato é que o profissional da advocacia, inserido nesse contexto, passa por determinante momento de reinvenção, enfrentando novos desafios, sendo o principal deles a ruptura com padrão de atuação fundamentalmente litigiosa, pautada na condução única e exclusiva do litígio já judicializado.

Dentre as mais diversas relações jurídicas materializadas no âmbito social, destaca-se no presente estudo a relação jurídica tributária entre Estado e contribuinte, por natureza, conflituosa e desigual.

A partir de uma pesquisa exploratória, bibliográfica e qualitativa, pretende-se delinear a falta de efetividade dos meios existentes para a solução de conflitos, em especial os de natureza tributária, em um quadro de grande insegurança jurídica e de afastamento gradativo e decisivo do ideal de justiça incorporado pelo texto constitucional vigente.

Defendendo a necessidade de evoluir no sentido de regulamentação legislativa da arbitragem em matéria tributária, com a desburocratização do sistema como um todo, tornando-o mais eficiente e seguro juridicamente, e a contribuição para maior efetividade no recebimento do gigantesco passivo existente no que tange à arrecadação de tributos, especialmente por parte da União Federal, é preciso posicionar a advocacia desse contexto de desjudicialização dos conflitos, com os desafios próprios de um início de século que ficará marcado como responsável pela profunda mudança na perspectiva de atuação de profissionais da advocacia, seja ela privada ou pública.

2. ADVOCACIA TRIBUTÁRIA: NOVOS DESAFIOS DO SÉC. XXI

A advocacia como um todo e mais especificamente a tributária vem passando por significativas mudanças nos últimos anos, isso em decorrência de inúmeros fatores, dentre os

quais destacam-se o esgotamento da capacidade de solução eficaz dos conflitos fiscais por parte do Poder Judiciário. Assim, imprescindível adentrar sobre os aspectos que envolvem essa mudança paradigmática.

2.1. ESGOTAMENTO DA CAPACIDADE DE SOLUÇÃO EFICAZ DOS CONFLITOS FISCAIS POR PARTE DO PODER JUDICIÁRIO

O completo esgotamento da capacidade de solução eficaz dos conflitos por parte do Poder Judiciário brasileiro é fato que impacta definitivamente na advocacia tributária, fazendo com que os profissionais que nela estejam inseridos necessitem pensar adiante, criando novas expertises para adequação a modelos de advocacia que sejam mais eficientes e tragam retorno mais desejável, tanto ao cliente quanto ao próprio profissional.

Identificar o Poder Judiciário como sendo o único capaz de, por meio do processo e das consequentes decisões terminativas, oferecer respostas confiáveis e legítimas aos conflitos oriundos das relações jurídicas impregnadas no cotidiano das pessoas físicas e jurídicas, mostra-se claro equívoco. Da mesma forma, a advocacia que se pauta nesse modelo está fadada a enfrentar sérias dificuldades. A crise institucional vivenciada pelo Poder Judiciário nos últimos tempos não pode ser desconsiderada. Nesse sentido, essa crise mencionada, de efetividade principalmente, representa certa fraqueza do sistema do Estado constitucional, porém não é possível considerar a existência de modelos perfeito, sendo a capacidade do Judiciário de fazer justiça verdadeiro teste de estabilidade (VECCHIO, 2020, p. 22).

A consolidação da ideia de que “quanto mais longo o procedimento, com maior número de recursos e oportunidades para as partes se manifestarem, mais justa seria a decisão final” (1999, p. 79) foi responsável pelo gradativo aumento na litigiosidade estatal, o qual continua em efetiva progressão.

Para enfrentar o cenário de expansão da litigiosidade e consequente esgotamento do Poder Judiciário, é possível citar alguns avanços expressivos, como a edição da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), que prevê a conciliação; da Lei nº 9.307/96, que versa sobre a arbitragem; da Resolução nº 125/10 do CNJ, regulamentando a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário; da Lei nº 13.140/15, a qual dispõe sobre a auto composição de conflitos, inclusive, no âmbito da própria Administração Pública; e do próprio Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/15 - CPC/15), o qual menciona a arbitragem, conciliação e mediação já no capítulo inicial, que trata sobre as normas fundamentais do processo civil.

Ainda assim, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário ainda é alta a ponto de comprometer a qualidade da prestação jurisdicional – 73% (setenta e três por cento), de acordo com o último Relatório Justiça em Números 2017: ano-base 2016, elaborado pelo CNJ (CNJ, 2017).

As questões tomam proporções ainda mais graves quando se tem por base os conflitos estabelecidos entre fisco e contribuinte. Sobre os conflitos de natureza fiscal, os mesmos normalmente residem ou na diferente qualificação jurídica dada aos fatos ou mesmo nas diferentes interpretações dadas a determinado dispositivo legal, vez que o direito tributário é pautado pelo princípio da legalidade.

A "cultura do litígio" está inserida dentro da perspectiva de gradativa perda da capacidade de solução consensual dos conflitos surgidos na sociedade. Se no âmbito das relações privadas, nas quais prevalece a autonomia da vontade e a regra da disponibilidade patrimonial, esse panorama é evidente, ainda mais grave é a situação quando se tem a Administração Pública inserida no conflito, suportando-se aí análises mais complexas como aquela acerca da supremacia ou da indisponibilidade do interesse público.

A superação dessa "cultura do litígio" passa, necessariamente, pela modificação da mentalidade jurídica de todos aqueles que fazem parte do sistema jurídico, inclusive, e principalmente, os advogados, inseridos em uma posição primordial no que tange ao estímulo à consensualidade

É nesse espaço de crescente consensualidade que a arbitragem surge como meio adequado para solução das disputas que envolvam a Administração Pública, ressaltando a ideia do sistema multiportas. A própria reforma na legislação processual civil ocorrida com a promulgação do vigente Código de Processo Civil marca a definitiva evolução no entendimento nacional acerca dos meios adequados para solução dos conflitos.

O cidadão teria à disposição várias alternativas para solucionar um conflito. O objetivo do sistema multiportas é buscar formas de solução de conflitos que substituam o tradicional sistema judicial de solução de litígios ou que essas novas formas possam coexistir com a tutela jurisdicional estatal (BRANDÃO, 2014, p. 24).

É possível notar que a bem da verdade, a opção por vias alternativas ao processo judicial clássico marca verdadeira ruptura a padrão cultural histórico, sendo, pois, fundamental que haja a massificação dessas ideias com vistas a se atingir grau elevado de busca por meios que possam solucionar os litígios de maneira mais adequada e efetiva.

A elevada taxa de congestionamento do Poder Judiciário, aliada à sua deficitária estrutura, faz com que seja evidenciada a grave crise que assola as entranhas dos órgãos judicantes. O mais preocupante é que a Administração Pública, especialmente no âmbito federal, é a maior responsável pelo elevado número de processos em trâmite.

A mudança desse paradigma de litigiosidade não significa desconsiderar o importante papel exercido pelo Poder Judiciário, que deve pautar suas decisões sempre "no resultado prático e eficaz na resolução do conflito social, e não somente na mera afirmação de vencedor e vencido, pois, isto pode ocasionar o fomento da litigiosidade" (MACEI; VOSGERAU; ANDRETTA, 2020, p. 14), o que por si só vai de encontro aos que dispõem a própria Constituição Federal, ao estabelecer como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa de solidária.

Ademais, percebe-se ainda que a concentração de poder nas mãos do Judiciário não é, em sua essência, positiva para a sociedade. Sobre o tema, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Evaldo Ferreira Acioly Filho (2019, p. 96) afirmam:

Essa concentração de poder na mão do Judiciário revela-se perigosa, pois a partir da análise da história política brasileira percebe-se uma tentativa de concentrar e fortificar o controlador e intérprete desde a época do Império. Falo do Poder Moderador que assim como o Judiciário, se colocava como um terceiro neutro, quando, na verdade, escondia seu caráter conservador. Ora, quando se dilata os poderes dos juizes que, normalmente não são eleitos reveste-se também a jurisdição constitucional de um aspecto conservador,

pois o judiciário passa a deter o monopólio da moral e da ordem pública de um Estado, determinando o que uma constituição é ou não é. Esse monopólio diverge, também, da soberania popular, pois um poder estatal – Judiciário – se auto limita, excluindo a participação popular, rompendo com aspecto democrático da constituição

Assim, é preciso que a advocacia esteja atenta a esse cenário que se apresenta. O advogado do século XXI não é, e nem poderia ser, o advogado com a mentalidade do litígio.

2.2. ADVOCACIA PREVENTIVA, EXTRAJUDICIAL OU NEGOCIAL

A histórica e relevantíssima atividade da advocacia, no Brasil regulamentada pela Lei n. 8.906/94 (Estatuto da OAB), bem como pelo Regulamento Geral, Código de Ética e Disciplina e Provimentos do Conselho Federal, precisa ser repensada. A bem da verdade, nos últimos anos esse processo de reflexão e debate sobre o verdadeiro papel do advogado vem sem aprofundado e já é possível identificar um estágio de profundas mudanças.

Em que pese se tratar de atividade de índole predominantemente privada, não há como refutar o importante papel que o advogado assume perante a sociedade, já que é através dele que o ele em relação ao Poder Judiciário é concretizado. Ademais, a própria Constituição Federal, em seu art. 133, trata de elevar a advocacia a um patamar não pertencente a nenhuma outra profissão liberal, uma vez considerar o advogado como sendo indispensável à administração da Justiça.

Ao lado das prerrogativas, os advogados possuem também responsabilidades bem postas, tais como a defesa incansável da Constituição, do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e da justiça social. Nestes termos preconiza o art. 44, I do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

A legislação processual vigente no país atribui ao advogado, como regra, a exclusividade no que tange à capacidade postulatória, ou seja, somente o advogado, regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, após aprovação em exame de aptidão técnica, poderá postular em juízo. Assim, o domínio da capacidade de postular é inerente à própria atividade, sendo que, via de regra, isso se dá no âmbito da existência de um conflito entre duas ou mais partes, conflito esse que será levado ao Judiciário para que haja a prestação jurisdicional adequada.

É quase naturalmente verificável a proximidade que a atividade advocatícia possui com a constante gestão de conflitos, em que pese essa gestão seja historicamente resumida à defesa em juízo com vistas a alcançar uma decisão judicial que favoreça o constituinte.

A despeito dessa contextualização, forçoso entender que em pleno século XXI não há mais o mesmo espaço ao profissional advogado que simplesmente postula em juízo, ou seja, aquele que litiga. Historicamente o “bom advogado” era aquele considerado “bom de briga”, ideia que vem sendo aos poucos esvaziada, na medida que as pessoas buscam agora profissional que possa solucionar o problema concreto sem que haja a judicialização da questão, de preferência. O advogado, na sociedade atual, está preocupado em encontrar soluções racionais aos conflitos antes mesmo de que os mesmos cheguem ao Poder Judiciário, sendo exatamente neste ponto que ganha relevo a advocacia negocial, extrajudicial ou preventiva.

Sobre esse papel preventivo da advocacia, Paulo Lôbo (2009, p. 20) afirma que “um dos grandes males da formação jurídica, no Brasil, é a destinação predominantes dos cursos jurídicos ao litígio”. Tal conclusão parece bastante lógica, haja visto que o Poder Judiciário em colapso se mostra completamente esgota e sem capacidade de entregar à sociedade respostas ágeis e eficiente. Nessa perspectiva, complementa o autor afirmando que:

[...] a área mais dinâmica das profissões jurídicas, na atualidade, é a atuação extrajudicial, em várias dimensões. Podemos encará-las de dois modos: como atividades preventivas e como atividades extrajudiciais de solução de conflitos. No primeiro caso, busca-se evita-los. No segundo, buscam-se meios distintos do processo judicial para solucionar conflitos já instalados ou com potencial litigiosidade; este é o campo das mediações, das negociações individuais ou coletivas, da arbitragem [...]

Não há como vislumbrar realidade diferente da retratada acima. A grande questão parece ser localizar o exercício da advocacia nesse cenário de mudança de paradigma. Nesse aspecto, continua Paulo Lôbo (2009, p. 20) afirmando:

[...] o advogado é profissional especializado, cuja assessoria ou consultoria é imprescindível, independentemente de mandamento legal, pela demanda crescente a seus serviços vinda de pessoas, empresas, entidades, grupos sociais e movimentos populares. Esse vasto campo profissional requer habilidades que os cursos jurídicos devem considerar, porque a tendência é a crescente desjudicialização de suas atividades.

Esse contexto faz com que os profissionais advogados necessitem complementar suas formações com conhecimentos específicos que os capacitem para atuar nessas novas frentes, primeiro evitando que os conflitos ocorram e, sendo impossível a prevenção, encontrando caminhos para solução desses litígios fora do clássico âmbito judicial.

Nesse ponto, questiona-se, por exemplo, se a advocacia está preparada e qualificada adequadamente para atuar com negociação, mediação e arbitragem. A resposta mais segura tende a ser negativa.

Não há como se falar em busca de meios adequados para solução dos conflitos, especialmente os de natureza fiscal, se todos os que atuam na gestão desses conflitos não estiverem capacitados para as novas tendências processuais. O que é defendido no presente trabalho é a implementação da arbitragem em matéria fiscal, conforme será adiante aprofundado, porém tal realidade implica uma nova advocacia, que efetivamente saiba atuar fora do campo judicial de solução de conflitos.

2.3. A BUSCA DE MEIOS ADEQUADOS PARA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRIBUTÁRIOS

Em última e simplória análise, o advogado que estimula o litígio e nessa única vertente labora, está fadado a criar um ambiente hostil e de repulsa perante os próprios clientes, vez que ninguém consegue efetivamente ganhar com processos tramitando no Poder Judiciário por anos e anos, sem uma solução efetiva e adequada.

No contexto de esgotamento do Judiciário, observa-se um movimento de reformas legislativas significativas, implementando-se meios consensuais de resolução de conflitos,

com a capacidade de oferecer à sociedade novas formas, por vezes muito mais eficazes, de se chegar ao mais próximo possível do que se entende sobre pacificação dos conflitos (SILVA; SANTOS; SILVA, 2020).

Mediante o exame do quadro de ineficiência estatal retratado com ênfase nas soluções ofertadas pelo Poder Judiciário ao tentar solucionar os conflitos inseridos na esfera tributária, verifica-se que a utilização de outros mecanismos adequados para responder a esse tipo de demanda não é apenas necessário, como deve ser almejado pelos operadores do direito, desde que devidamente fundamentada a sua possibilidade de harmoniosa convivência com o ordenamento jurídico brasileiro estabelecido.

Paulo Eduardo Alves da Silva (2012, p. 45) explica que:

Cada sociedade desenha o quadro de métodos de resolução de conflitos conforme as suas expectativas acerca do que seja ou não formal, o que seja ou não seguro, o que seja ou não violento e, principalmente, o que seja ou não justo. E, no último século, as sociedades contemporâneas tem demonstrado atravessar um estado de crise com seus conceitos de forma, segurança, violência e justiça. Naturalmente, isso compromete a hegemonia da jurisdição e do processo judicial e abre flancos para o ressurgimento de métodos 'alternativos' de solução de controvérsias.

Mais do que uma alternativa à entrega jurisdicional clássica efetivada pelo Poder Judiciário, a busca por mecanismos que se mostrem adequados às especificidades das controvérsias surgidas na contemporaneidade se mostra como uma necessidade, assim como a necessária adaptação de todos que margeiam essa realidade.

Assenta-se que "a busca por um sistema paralelo para colaborar com o modelo oficial é não apenas oportuna, como essencial" (PINHO; PAUMGARTTEN, 2016, p. 27), sobretudo porque a expansão do número de métodos colocados à disposição das partes implica em maiores probabilidades de alcançar um resultado adequado ao tipo de conflito que precisa ser solucionado, trazendo resultados interessantes, inclusive no campo econômico, tanto às partes quanto aos advogados envolvidos.

Entre os principais mecanismos adequados que se apresentam no âmbito jurídico estão a mediação, a conciliação e a arbitragem, sendo que as duas primeiras se identificam por serem métodos consensuais na forma autocompositiva, enquanto a arbitragem é caracterizada pela heterocomposição, de base consensual.

Ainda que exista um longo caminho a ser percorrido, dados da Câmara de Comércio Internacional (CCI) apontam que, em 2016, o país foi considerado o 5o (quinto) no mundo que mais utiliza a arbitragem para a solução de conflitos, atrás de países como Estados Unidos da América e França.³

Outro dado importante é o fornecido pela Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá (CAM-CCBC), pioneira no Brasil em matéria de arbitragem, ao citar que estatísticas apontam que há gradativo aumento do número de arbitragens realizadas, especialmente a partir do ano de 2013.

3 Informação disponível em: <https://www.jota.info/justica/brasil-e-o-5o-pais-que-mais-utiliza-arbitragem-no-mundo-19092017>.

Tudo que aqui é defendido se coaduna com o princípio constitucional da eficiência na Administração Pública, que pressupõe, ao mesmo tempo, a modernização estatal, inclusive no que tange à regulamentação e efetivação de meios adequados para solução de litígios, especialmente os de natureza tributária (OLIVEIRA; OLIVEIRA; CARMO, 2019).

O que aqui se defende situa-se no campo da necessidade de adaptação e adequação da advocacia a esse novo cenário que se apresenta, sob pena desses métodos adequados de solução de conflitos, especialmente na área fiscal, ficarem apenas como parâmetros formais, sem nenhum grau de efetividade.

3 ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA: UMA NOVA PERSPECTIVA

A arbitragem tributária se apresenta como possibilidade interessante dentro da perspectiva de solução adequada dos conflitos de natureza fiscal, motivo pelo qual se faz necessário aprofundar os estudos sobre alguns aspectos fundamentais que permeiam o instituto.

3.1. ALGUMAS PREMISSAS ACERCA DA ARBITRAGEM

A arbitragem pode perfeitamente ser validada como tecnologia jurídica capaz de solucionar alguns problemas enfrentados, primordialmente em questões de natureza tributária, colaborando decisivamente para a solução de vários problemas de efetividade vivenciados na atualidade, porém, para que isso se efetive é preciso que haja a implantação de uma nova cultura jurídica acerca do litígio, envolvendo todos os atores que atuam na solução dos conflitos.

É evidente que a clássica visão litigiosa do processo é decorrente do fato de que a adequada e justa resolução do objeto litigioso é função preponderantemente exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, com o nítido objetivo de pacificação social, ou seja, o este poder estatal tem resguardado a si a exclusividade do exercício da tutela jurisdicional.

Em que pese a existência dessa clássica visão de exclusividade da tutela jurisdicional, percebe-se atualmente a existência de um sentimento de renovação no direito processual brasileiro. Para Jonathan Vita (2006, p. 205), vive-se essa onda renovatória, em que a busca por outros meios adequados para solução dos conflitos deságua na valorização cada vez mais efetiva de mecanismos como a conciliação, a mediação e a arbitragem. Parece óbvio que a advocacia não pode e não deve estar alheia a essa real mudança de paradigma.

Como mencionado, dentro dessa perspectiva de renovação surge a arbitragem, considerada meio heterocompositivo de solução de conflitos, vez que não há entre as partes a uniformização de um entendimento consensual, sujeitando-se ambas à solução apresentada por um terceiro (árbitro ou tribunal arbitral) que está fora do contexto do Poder Judiciário, sendo lícito se falar em evidente renúncia à jurisdição estatal quando da aceitação de uma cláusula compromissória.

O processo arbitral pressupõe a existência de direitos disponíveis, sendo este um ponto de controvérsia quando se fala de arbitragem em matéria tributária. Fato é que, havendo a disponibilidade em relação à jurisdição estatal, o que se dá através do compromisso arbitral, o Poder Judiciário não poderá intervir, a não ser em momento posterior à sentença arbitral, em caso de algum vício que anule por completo o próprio procedimento, e não a essência da decisão constante na sentença arbitral.

O tratamento conceitual dado à arbitragem por parte da doutrina, em geral pode ser sistematizado pelas palavras de Francisco José Cahali (2015, p. 117), para quem a arbitragem se colocada, ao lado da jurisdição estatal, como um mecanismo heterocompositivo de solução de conflitos, onde as partes envolvidas, possuidoras de capacidade plena e de comum acordo, estabelecem que um terceiro, ou mesmo um colegiado, terá poderes para solucionar a controvérsia. Importante destacar, nesse contexto, que a solução do conflito se dá através de decisão do árbitro, que terá a mesma eficácia de uma sentença judicial.

Há quem advogue a tese de que na arbitragem existe uma espécie de "privatização da justiça", o que de fato não é aceitável. Sob tal aspecto, Beraldo (2014, p. 25), entende que a arbitragem não pode ser vista como a "ascensão judiciousa do neoliberalismo triunfante", refutando-se assim a ideia de "privatização da justiça", simplesmente pelo fato de que há décadas vem sendo objeto de larga expansão em outros países.

É possível citar inúmeros benefícios da utilização da arbitragem, em especial a produção de decisões efetivamente técnicas. Tal aspecto deve ser extremamente valorizado quando se fala em arbitragem tributária, já que os litígios fiscais, muitas vezes, se resumem à discordância sobre algum aspecto eminentemente técnico entre fisco e contribuinte, tal como a classificação de produtos para fins de imposição da exação tributária.

Quando se depara com demandas complexas, que envolvem questões técnicas sobre as quais o Poder Judiciário não possui domínio pleno, é possível entender o quanto o processo jurisdicional clássico se revela esgotado, não conseguindo apresentar soluções com o mínimo da efetividade almejada pelo jurisdicionado

Sobre a natureza jurídica da arbitragem, Carmona (1993, p. 25) afirma que: "parece ser universal a tendência de ampliar o conceito de jurisdição, na medida em que aumenta o grau de participação e o interesse popular na administração da justiça, revelando um dos escopos fundamentais da jurisdição, o político". Evidente a necessidade dessa ampliação, privilegiando-se, assim, o elemento teleológico da atividade jurisdicional.

No que pese a autonomia da vontade como norma fundamental, há nos sistemas jurídicos estrangeiros a previsão de situações nas quais a submissão ao juízo arbitral é obrigatória, tal como ocorre na Constituição da República Portuguesa, que faz expressa menção aos "tribunais arbitrais" em seu art. 209⁴. Outro exemplo citado pelo doutrinador é a Costa

4 "Art. 209.º Categorias de tribunais 1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais: a) O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância; b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais; c) O Tribunal de Contas. 2. Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz. 3. A lei determina os casos e as formas em que os tribunais previstos nos números anteriores se podem constituir, separada ou conjuntamente, em tribunais de conflitos. 4. Sem prejuízo do disposto quanto aos tribunais militares, é proibida a existência de tribunais com competência exclusiva para o julgamento de certas categorias de crimes." Arbitragem onio. Latin, 2016, p. 307.al, Financeiro e Economico r a forma pela qual seus conflitos ser Supremo Tribunal Federal

Rica, onde há obrigatoriedade de participação do juízo arbitral nas questões relacionadas à previdência social.

A ideia de autonomia da vontade como “mola propulsora” da arbitragem em todos os seus aspectos se consolida, se revelando desde a faculdade que as partes possuem em determinado negócio envolvendo direitos patrimoniais disponíveis de adotarem esta via opcional de solução de conflitos, até o desenvolvimento do processo arbitral quando, por exemplo, da forma como serão indicados e escolhidos os árbitros. Fato é que se mostra perfeitamente possível extrair da Lei 9.307/96 vários artigos que indicam a relação estreita da arbitragem com a autonomia da vontade, o que será adiante analisado de forma mais detida.

3.2. NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DE PARADIGMAS

Assentadas algumas premissas, é preciso avançar nas discussões sobre a possibilidade de utilização da arbitragem para solução de conflitos que envolvam os interesses da Administração Pública, a partir da própria interpretação da Lei nº 13.129/15, que alterou a LArb, para que seja possível defender a utilização desse meio adequado para solução de conflitos de natureza fiscal.

No Brasil há grande resistência à arbitragem tributária, mesmo sendo possível verificar que o instituto é amplamente difundido em vários países, tal como ocorre em Portugal, por exemplo. Hugo de Brito Machado (2008, p. 130) defende a impossibilidade da solução arbitral para lides fiscais a partir da defesa de que o direito de arrecadação de tributos, inerente à Fazenda Pública, seria indisponível. Nota-se claramente que o ponto de discussão gira em torno da (in) disponibilidade do direito para se legitimar a utilização do processo arbitral. Apesar disso, o instituto não é novo.

A Nova Consolidação das Leis das Alfândegas e Mesas de Rendias, aprovada em 13 de abril de 1894, já previa a instituição da arbitragem em matéria tributária, principalmente para o julgamento de temas pertinentes às áreas aduaneiras (SEIXAS FILHO, 2008, p. 221).

No contexto da relação jurídica tributária a principal necessidade estatal é a satisfação do crédito tributário, vez que só assim o Estado terá capacidade financeira para a realização daquilo que se propõe, nos termos dos objetivos fundamentais expostos na CF/88⁵ em seu art. 3º. Esse dispositivo é a base angular de toda atividade tributária do Estado e deve ser encarado com tal para a tributação assuma a sua real função social.

Para fins de defesa da arbitrabilidade tributária, dois são os elementos importantes que podem ser extraídos dessas premissas básicas relacionadas à relação jurídica tributária. O primeiro é o caráter pecuniário do tributo, a partir do próprio conceito legal de tributo trazido no art. 3º do (CTN)⁶ (BRASIL, 1966), para quem tributo é prestação pecuniária compulsória, logo de índole eminentemente patrimonial. O segundo é o fato de a cobrança se dar mediante atividade administrativa plenamente vinculada, o que não inviabiliza a possibilidade do Poder

5 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

6 “Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

Público submeter à arbitragem as controvérsias surgidas, buscando-se solução diversa da jurisdição estatal clássica.

Segundo Casella e Escobar (2016, p. 746), a doutrina internacional divide as categorias da arbitragem fiscal como: Controvérsias tributárias decorrentes de relações negociais; Acordos para evitar a dupla tributação; Disputas fiscais entre um investidor estrangeiro e o país investido. Os autores entendem que tal divisão leva em conta apenas o mérito e a abrangência das controvérsias. Assim, propõem uma classificação que se entende ser extremamente relevante para o que aqui se propõe, levando-se em consideração o tempo do litígio, o mérito e a sua abrangência, qual seja: a) Quanto ao tempo: se dividiria em *preliminar* e preventivamente à constituição do crédito tributário; ou *subsequente* à constituição do crédito tributário; b) Quanto ao mérito: se divide em *direta* – analisando diretamente as questões tributárias; ou *indireta* – quando dos laudos arbitrais surge um novo fato jurídico tributário (fato gerador); c) Quanto à abrangência: se divide em *interna* – quando se dá dentro da estrutura federativa interna ou entre Administração e contribuintes nacionais; *internacional estatal* – envolvendo acordos para evitar dupla tributação; ou *internacional mista* – quando envolver um Estado e um entre privado estrangeiro.

A proposta dos autores resume as formas que a arbitragem tributária pode se apresentar, tanto no âmbito internacional como no âmbito interno. Interessante observar nessa classificação a possibilidade da arbitragem ter espaço antes da constituição definitiva do crédito tributário, por meio do lançamento, o que, no entender de Priscila Mendonça (2014, p. 115) seria medida promotora de um crescente diálogo entre Fisco e contribuinte.

Trata-se de posicionamento relevante na medida que a alta litigiosidade impregnada na relação jurídica tributária faz com que Fisco e contribuinte cada vez dialoguem menos, ou seja, a relação é permeada por um lado pelo autoritarismo e por outro pela incessante fuga da tributação.

A questão parece ser a quebra de paradigmas para que esse meio heterocompositivo de solução de conflitos possa ser implementado no Brasil, o que se defende na presente tese como sendo algo impactante para colaborar com a superação da grave crise econômica que assola o país nos últimos anos, de base preponderantemente fiscal.

De maneira geral, as discussões sobre a possibilidade ou não da utilização da arbitragem nas controvérsias de natureza fiscal repousam na questão da interpretação acerca da disponibilidade ou não do crédito tributário, o que será detidamente analisado adiante. Vale ressaltar que este crédito é aquele decorrente da relação jurídica tributária e representa o direito subjetivo do Estado em arrecadar o produto da exação tributária.

Mesmo diante dos argumentos desfavoráveis, acredita-se que a utilização desse meio para solução dos conflitos fiscais se mostra como verdadeira necessidade. O professor português Diogo Leite de Campos (2005, p. 50) assim defende:

O interrelacionamento justo entre o cidadão e o Estado a nível dos impostos, com a assunção “livre” e espontânea por aquele das suas obrigações fiscais – como princípio e ponto de partida – passa pela assunção livre da regulação de conflitos entre credor e devedor. Passa, por outras palavras, pela faculdade de recorrer à arbitragem. Com todas as vantagens que esta acarreta no que se refere à certeza e segurança do Direito. Nomeadamente: escolha dos juízes pelas partes, de entre os mais conhecedores daquela

matéria; acrescido rigor e profundidade das decisões; mais cuidadosa “personalização” da decisão, em termos de mais aprofundada ponderação da matéria de facto e de Direito, sem atender às jurisprudências deformantes do caso concreto; maior previsibilidade da justiça da decisão – daí renúncia a pretensões inviáveis; etc.

Nota-se que as vantagens da arbitragem tributária repousam em aspectos ligados à própria certeza e segurança do Direito, dois aspectos fundamentais para que se possa construir um sistema tributário nacional mais racional e justo.

Importante destacar que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 4.257, de 6 de agosto de 2019 (BRASIL, 2019), do senador Antonio Anastasia (PSDB – MG), propondo a modificação da Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980) e instituindo duas figuras jurídicas de extrema relevância: a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária.

Conforme sustentam Saulo Gonçalves Santos e Rômulo Guilherme Leitão (2019, p. 471), “com a ampliação dos mecanismos alternativos de resolução de disputas, se concretiza um sistema multiportas de administração de controvérsias”, sendo imperioso a participação da Administração Pública em procedimentos arbitrais.

Assim, defende Camila Siqueira Xavier, que “a arbitragem firmada por meio do compromisso arbitral representa um método adequado para resolução de lidas tributárias (complementar ao contencioso judicial e ao contencioso administrativo)”, considerando-se assim uma “terceira via de impugnação do crédito tributário já constituído, além de trazer eficácia na prevenção de litígios, através da cláusula compromissória previamente firmada” (2019, p. 32).

A bem da verdade, a arbitragem tributária tem a importante função de se apresentar como uma via adequada e complementar para resolução de determinados conflitos de natureza fiscal, operando uma espécie de desjudicialização de demandas, motivo pelo qual o projeto deve ser debatido no Congresso Nacional com a urgência que o tema demanda, vez que possível contribuições para resolver a crise fiscal do Estado é tema de primeira ordem na pauta de desenvolvimento nacional.

4. O PAPEL DO ADVOGADO NAS DEMANDAS ARBITRAIS

Como já mencionado, a advocacia passa por um momento histórico de profundas transformações, impulsionado pelo esgotamento do Poder Judiciário e pela necessidade de que seja assumido um papel de protagonismo num sistema de prevenção ao litígio, ou mesmo encontrar solução adequada para que os litígios sejam efetivamente resolvidos.

Dentre os mecanismos adequados de solução dos litígios a arbitragem se coloca como importante instrumento, surgindo assim dúvidas em relação as formas pelas quais os advogados podem se colocar como profissionais cuja participação se mostra essencial para que se tenha um resultado eficaz.

Inicialmente, cumpre mencionar que a própria Lei da Arbitragem (Lei n. 9.307/96) (BRASIL, 1996) torna facultativa a postulação perante um juízo arbitral através de advogado, tal como dispõe:

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§ 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

Em que pese essa faculdade ser claramente observada, não há que se pensar em exclusão do profissional advogado do processo de constituição e desenvolvimento da solução arbitral.

É preciso lembrar que a arbitragem é solução heterocompositiva de conflitos, porém de nítida base consensual, na que a escolha se dá através de Convenção de Arbitragem, seja ela judicial ou extrajudicialmente. Em ambas as situações, a participação do advogado é fundamental, até pelo fato de que ninguém irá se aventurar juridicamente sem o aconselhamento e acompanhamento de um profissional capacitado.

A ausência de advogados na solução arbitral pode, inclusive, retirar transformar a celeridade e eficiência da solução extrajudicial em problema que futuramente poderá cair novamente na clássica atividade jurisdicional estatal, ou seja, é um preço pelo qual as partes certamente não estão dispostas a pagar.

Há que se perceber que no processo arbitral o advogado aparece como figura verdadeiramente indispensável, porém um profissional que possui novos parâmetros de atuação profissional, dispensando-se a agressividade muitas vezes exigida nos processos tradicionais e entendendo que há renúncia tácita aos instrumentos de procrastinação que são levados a cabo quando da atuação perante o Poder Judiciário. Na arbitragem o que ambas as partes querem é que o conflito seja solucionado da maneira mais eficiente e célere possível, estando os advogados imbuídos desse objetivo.

O primeiro receio na advocacia decorrente da difusão da arbitragem como meio adequado de solução de litígios foi o da exclusão dos profissionais inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, isso diante da pretensa faculdade indicada pela Lei da Arbitragem.

Na verdade, o que se vê neste momento é a abertura de novas possibilidades de atuação profissional, dentro da perspectiva de gradativo abandono seletivo das velhas práticas na advocacia. O profissional se coloca em um momento decisivo em que precisa se adequar a

uma realidade bastante clara: o litígio tradicionalmente colocado na órbita do Poder Judiciário vai deixando de ser interessante a todos os atores envolvidos.

Além disso, há que se ter em mente que a própria arbitragem passa por um processo de expansão no Brasil. Como defendido acima, é fundamental que a mesma seja incorporada, por exemplo, ao sistema de resolução de conflitos de natureza fiscal. Assim, na órbita da advocacia tributária, surgirá um novo espaço de atuação para aqueles que se mostrarem abertos a essa nova realidade, que virá, sem dúvida alguma.

A arbitragem tributária no Brasil parece estar na iminência de regulamentação legislativa e para tanto necessitará de uma mudança de postura a concepção por parte dos profissionais da advocacia que militam nessa área bastante específica. Nessa perspectiva, o advogado deve se colocar como um grande facilitador, dando a segurança necessária para que as partes do conflito possam buscar as soluções extrajudiciais, consensuais ou não.

A própria advocacia pública vem passando, em pouquíssimo tempo, por uma profunda modificação na forma de atuação, isso com a incorporação dos mecanismos de solução consensual dos litígios, bem como as formas extrajudiciais já implementadas no âmbito da administração pública.

Assim, não restam dúvidas quanto à importância e indispensabilidade da participação do advogado na construção da arbitragem como mecanismo adequado de solução de conflitos, em que se busca a solução célere e eficaz de litígios.

5. CONCLUSÃO

De tudo que foi estudado ao longo do presente trabalho, é possível concluir que o mundo globalizado, a sociedade informacional e o avanço da tecnologia assentam um ambiente que clama pela reinvenção de algumas profissões, sendo a advocacia parte integrante desse contexto.

Em pleno século XXI, os desafios impostos à advocacia, em especial no âmbito tributário, são muitos, especialmente diante do quadro de completo esgotamento da capacidade do Poder Judiciário em resolver, de forma eficiente, os conflitos levados à clássica ideia de jurisdição estatal.

Nesse contexto, é preciso que o profissional da advocacia perceba a necessidade de abandono gradativo ao ideal exclusivo de litigiosidade, avançando sobre um debate relativo à advocacia consultiva e preventiva, às questões de solução consensual dos conflitos, ou mesmo mecanismos extrajudiciais, tal como a arbitragem.

Conclui-se pela plena possibilidade de regulamentação legislativa da arbitragem tributária no Brasil, rompendo-se paradigmas clássicos acerca da supremacia do interesse público e indisponibilidade do crédito tributário.

Surge assim mais uma perspectiva de atuação para o advogado que milita nessa seara, devendo ser ressaltada a importância da participação desse profissional no procedimento arbitral, não havendo assim o risco de desvalorização da advocacia.

Por fim, conclui-se que talvez o grande desafio da advocacia no século XXI seja incorporar a importância e indispensabilidade da participação do profissional capacitado na construção da arbitragem como mecanismo adequado de solução de conflitos, na busca a solução célere e eficaz de litígios, especialmente os de natureza fiscal.

REFERÊNCIAS

- BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem nos termos da Lei n. 9.307/96*. São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. *Advocacia negocial: promoção do acesso à justiça pela desjudicialização dos conflitos*. João Pessoa: A União, 2014.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2017: ano-base 2016*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.
- BRASIL, *Lei Federal n. 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília: Congresso Nacional [1996]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm. Acesso em: 13 mar. 2020.
- BRASIL, *Lei Federal n. 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília: Congresso Nacional [2007]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 21 mar. 2020.
- BRASIL. *Projeto de Lei 4.257, de 6 de agosto de 2019*. Modifica a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que especifica. Brasília: Senado Federal [2019]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>. Acesso em: 21 mar. 2020.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- CAMPOS. Diogo Leite de. *Certeza e segurança no Direito Tributário: a arbitragem*. Disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutriniais/diogo-leite-de-campos-certeza-e-seguranca-no-direito-tributario-a-arbitragem/>. Acesso em: 20 jul. 2019.
- CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CASELLA, Paulo Borba; ESCOBAR, Marcelo. Arbitragem Tributária e a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. In: SCHOUERI, Luis Eduardo; BIANCO, João Francisco (Coords.). CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; DUARTE FILHO, Paulo César Teixeira (Orgs.). *Estudos de Direito Tributário em Homenagem ao Prof. Gerd Willi Rothmann*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ACIOLY FILHO, Evaldo Ferreira.
- Análise da legitimidade democrática do supremo tribunal federal como o "superego da sociedade". *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 14, n. 1, p. 80-97, Jan./Jun. 2019. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/6296/pdf>. Acesso em: 02 jun. 2020.
- LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MACEI, Demetrius Nichele; VOSGERAU, Bruno Roberto; ANDRETTA, Juliane Tedesco. O papel do estado pela atuação do poder judiciário nos conflitos contratuais em tempos de pandemia do covid-19: a fraternidade como elemento de decidir. *Revista Relações Internacionais do Mundo Atual*, v.2, n. 27 2020, abr/jun 2020, 1-24. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/issue/view/158/showToc>. Acesso em: 15 maio 2020.

MACHADO, Hugo de Brito. Transação e arbitragem no direito tributário. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mario da Silva Velloso*. São Paulo: Fórum, 2008.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. *Arbitragem e transação tributárias*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

OLIVEIRA, Bruno Bastos de; OLIVEIRA, Maria das Graças Macena Dias de; CARMO, Valter Moura do. A eficiência do sistema multiportas de justiça e a aplicação nos conflitos envolvendo a fazenda pública. *Revista Faculdade Direito UFG*, v. 43, p.01-15, 2019. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/60014>. Acesso em: 22 maio 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Código de processo civil: quais as perspectivas para a justiça brasileira? In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. et. al. (Coords.) *A mediação no novo código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SANTOS, Saulo Gonçalves; LEITÃO, Rômulo Guilherme. O debate da privatização da jurisdição e a arbitragem tributária no brasil: uma evolução necessária. *Revista Meritum*, v. 14, n. 2, p. 447-475, Belo Horizonte, Jul./Dez. 2019. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/6927>. Acesso em: 20 mar. 2020.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Arbitragem em Direito Tributário. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 43, p. 218-232, 2008. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista43/Revista43_218.pdf. Acesso em: 20 mar. 2019.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: SALLES, Carlos Alberto. et. al. (Coords.). *Negociação, mediação e arbitragem: curso para programas de graduação em Direito*. São Paulo: Método, 2012.

SILVA, Sabrina Jiukoski da; SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos; SILVA, Rafael Peteffi da. A mediação e a conciliação como instrumentos de acesso à

Justiça e a sua perspectiva a partir do código de processo civil: o contraponto entre a cultura da sentença e a cultura do consenso. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, ano 14, v. 21, n.1, jan/abr 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/44635>. Acesso em: 20 maio 2020.

VECCHIO, Fausto. O Estado Constitucional em Perigo: crise da representação e instituições judiciais sob ataque. *Revista de Direito Público RDP*, Brasília, Volume 17, n. 91, 9-27, jan./fev. 2020. Disponível em: <https://www.portal-deperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4026>. Acesso em: 15 maio 2020.

VITA, Jonathan Barros. Arbitragem e Poder Público: uma nova abordagem. In: *Aspectos práticos da arbitragem*. Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006.

XAVIER, Camila Siqueira. A arbitragem em matéria tributária no brasil: avanços e desafios. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*, v. 7, n. 8, janeiro/junho, 2019, p. 21-57. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/article/view/36609>. Acesso em: 20 maio 2020.

Recebido/Received: 23.04.2020.

Aprovado/Approved: 04.06.2020.

ARRECAÇÃO TRIBUTÁRIA E JUSTIÇA SOCIAL: A INEFICIÊNCIA DO PARCELAMENTO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS PARA AS PEQUENAS EMPRESAS

TAX COLLECTION AND SOCIAL JUSTICE:
THE INEFFICIENCY OF TAX DEBIT INSTALLMENT FOR SMALL COMPANIES

TIAGO CAPPI JANINI¹

LUCAS JOSÉ SOUZA DE CARVALHO²

ANA LUIZA GODOY PULCINELLI³

RESUMO

Considerando o grande número de programas de parcelamentos instituídos nos últimos anos, esta pesquisa tem o seguinte problema: o parcelamento de débitos concedido às empresas do Simples Nacional pela Lei Complementar nº 155/2016 é uma ferramenta eficiente para lidar com a inadimplência das empresas de pequeno porte e ampliar a receita pública? O objetivo principal desta pesquisa é analisar os dados referentes ao parcelamento previsto na Lei Complementar nº 155/2016 para identificar se o contribuinte tem cumprido com as prestações legais, ampliando a arrecadação tributária e como objetivos específicos, identificar o tratamento jurídico do parcelamento tributário e os seus reflexos; examinar o sistema tributário do Simples Nacional e o seu parcelamento contido na Lei Complementar nº 155/2016; e, por fim, analisar a efetividade do parcelamento do Simples Nacional na arrecadação pública. Utilizando do método dedutivo e de dados documentais secundários, de uma pesquisa descritiva e uma abordagem quantitativa, constatou-se que a maioria expressiva dos parcelamentos foi excluída do programa, sendo minoria os parcelamentos integralmente pagos ou que ainda mantêm sua situação regular, resultado este que contraria os objetivos principais do parcelamento, de quitação das dívidas atrasadas e de regularização dos contribuintes. Desta forma, conclui-se que o parcelamento estudado não atingiu os objetivos para os quais foi criado, apontando para sua ineficiência como iniciativa da Administração Pública.

Palavras chave: Parcelamento tributário. Simples Nacional. Arrecadação tributária. Lei Complementar nº 155/2016. Concretização dos direitos sociais.

- 1 Coordenador e Professor do Programa de Mestrado em Direito do UNISAL - Lorena/SP. Estágio Pós-Doutoral (PNPD/ CAPES) na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). E-mail: tiagocappi@yahoo.com.br.
- 2 Bacharel em Ciências Contábeis Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), graduado em 2020. E-mail: lucas.j.scarvalho@gmail.com.
- 3 Professora de Direito Tributário nos cursos de graduação do CCSA-UENP/CP e na pós-graduação lato sensu do CCSA-UENP/CJ. Assistente de Magistrado no TJPR, 2ª Vara Cível e anexos de Cornélio Procopio-PR. Pós-graduada em Direito e Processo Tributário pela Escola Paulista de Direito e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. E-mail: luizapulcinelli@uenp.edu.br.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

JANINI, Tiago Cappi; CARVALHO, Lucas José Souza de; PULCINELLI, Ana Luiza Godoy. *Arrecadação tributária e justiça social: a ineficiência do parcelamento de débitos tributários para as pequenas empresas*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 2, p. 137-153, Maio/Ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i2.7859>.

ABSTRACT

Considering the large number of installment programs implemented in recent years, this research has the following problem: the installment of debts granted to Simples Nacional companies by Complementary Law No. 155/2016 is an efficient tool to deal with small companies default and expand public revenue? The main objective of this research is to analyze the data related to the installment provided for in Complementary Law No. 155/2016 to identify whether the taxpayer has complied with the legal provisions, expanding tax collection and as specific objectives, to identify the legal treatment of the tax installment and the its impacts; examine the tax system of Simples Nacional and its installments contained in Complementary Law No. 155/2016; and, finally, to analyze the effectiveness of the subdivision of Simples Nacional in public collection. Using the deductive method and secondary documentary data, a descriptive research and a quantitative approach, it was found that the expressive majority of the installments was excluded from the program, with the minority being paid in installments or still maintaining their regular status, a result that runs counter to the main objectives of installment payments, settling arrears and regularizing taxpayers. Thus, it is concluded that the studied parceling did not reach the objectives for which it was created, pointing to its inefficiency as a Public Administration initiative.

Keywords: Tax installment payments. Simples Nacional. Tax collection. Complementary Law n ° 155/2016. Realization of social rights.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal prevê a possibilidade de tratamento diferenciado para as micros e pequenas empresas. Seguindo essa permissão, editou-se a Lei Complementar n° 123/2006 que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Recentemente, esse estatuto das pequenas empresas foi alterado pela Lei Complementar n° 155/2016, que incluiu um programa especial de parcelamento dos débitos tributários vencidos até maio de 2016 para as empresas enquadradas no regime, a serem pagos em até 120 parcelas mensais.

A utilização de parcelamentos como ferramenta para a regularização fiscal das empresas tem sido constante por parte do Estado. Além do chamado “parcelamento comum”, previsto na Lei 10.522/2002, que está sempre disponível para as empresas, os parcelamentos especiais têm sido reiteradamente empregados. De acordo com estudo realizado pela Receita Federal em 2017, aproximadamente 40 programas de parcelamentos especiais já foram abertos desde o início deste milênio. Esse elevado número de programas demonstra a relevância dos parcelamentos tributários no cenário nacional, porém, é constantemente criticado, não raramente sendo tratado como uma contradição, considerando-se que os parcelamentos especiais, ao menos em tese, deveriam tratar de situações excepcionais.

No âmbito exclusivo do Simples Nacional, por ser um regime tributário relativamente novo, poucos foram os programas de parcelamentos concedidos, se comparado com o histórico geral do país. Entretanto, é sabido que as micros e pequenas empresas, apesar das simplificações trazidas pelo regime, também têm problemas para se manterem regulares. Até por isso, nos últimos anos, a legislação concernente ao Simples tem lançado mão dos parcelamentos como forma de lidar com a questão da inadimplência.

O parcelamento de débitos tributários tem como finalidade ampliar a arrecadação tributária, com o incremento dos cofres públicos, contribuindo para a ampliação dos investimen-

tos do Estado na redução das desigualdades sociais. Por isso, este estudo busca responder a seguinte problemática: o parcelamento de débitos concedido às empresas do Simples Nacional pela Lei Complementar nº 155/2016 é uma ferramenta eficiente para lidar com a inadimplência das empresas de pequeno porte e ampliar a receita pública?

O objetivo principal desta pesquisa é analisar os dados referentes ao parcelamento previsto na Lei Complementar nº 155/2016 para identificar se o contribuinte tem cumprido com as prestações legais, ampliando a arrecadação tributária. Tem como objetivos específicos, identificar o tratamento jurídico do parcelamento tributário e os seus reflexos; examinar o sistema tributário do Simples Nacional e o seu parcelamento contido na Lei Complementar nº 155/2016; e, por fim, analisar a efetividade do parcelamento do Simples Nacional na arrecadação pública.

Esta pesquisa se baseou nas publicações oficiais realizadas a respeito do parcelamento especial do Simples Nacional, principalmente o “painel dos parcelamentos”, ferramenta disponibilizada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e que fornece informações a respeito de todos os parcelamentos tributários concedidos. Os dados recolhidos referem aos meses de dezembro de 2016 a março de 2017, que corresponde ao período de adesão ao parcelamento especial do Simples. Consideraram-se todos os estados brasileiros e a análise foi efetuada sobre a situação atual dos parcelamentos concedidos na forma da LC nº 155/2016 apresentada no painel.

Nesse caso, quanto maior o número de parcelamentos ativos, com sua situação regular, ou de débitos totalmente quitados no parcelamento, maior será a aproximação do programa de seu objetivo de regularização tributária. De forma diversa, quanto maior o número de débitos excluídos do parcelamento, menor será sua eficiência do ponto de vista do Estado, e maior a distância de seu objetivo de quitação dos débitos vencidos e de consequente regularização fiscal.

Para fins de demonstrar a hipótese de que o parcelamento de débitos das empresas enquadradas no Simples Nacional possui pouca eficiência para fins de arrecadação pública e, por consequência, não contribuem para a promoção de uma justiça social, esta investigação utilizou-se do método dedutivo, com pesquisa bibliográfica e levantamento e análise de dados estatísticos.

1. O TRATAMENTO JURÍDICO DO PARCELAMENTO TRIBUTÁRIO

Os parcelamentos tributários têm adquirido cada vez mais relevância, tanto para o setor público, que os utiliza com o intuito de aumentar sua arrecadação e regularizar os contribuintes inadimplentes, quanto para as empresas, que encontram nesses programas uma importante alternativa para lidar com seus passivos tributários (PAES, 2014), uma vez que o parcelamento está previsto na legislação como uma das causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, conforme o art. 151, VI do Código Tributário Nacional.

As espécies de suspensão da exigibilidade da obrigação tributária atuam como "agentes inibidores" do processo de positivação das normas jurídicas que a instituem (VERGUEIRO, 2009). Como demonstra Harada (2017), nos casos do art. 151 do CTN não há a extinção do crédito, continuando ele existindo, havendo apenas o efeito de impedir sua cobrança por parte da Administração Tributária. Já Amaro (2006) trata tais hipóteses como uma forma de proteção temporária do sujeito passivo, visto que, enquanto permanecer o crédito suspenso, ele não sofrerá com os atos de cobrança que normalmente seriam adotados pelo Fisco.

Originalmente, o parcelamento tributário não estava presente no Código Tributário Nacional em sua promulgação no ano de 1966, sendo incluído como uma das hipóteses de suspensão do crédito tributário pela Lei Complementar nº 104/2001. Desta forma, o parcelamento tem como efeito inicial a interrupção dos atos de cobrança, por parte da autoridade tributária, do crédito que foi parcelado.

Além de possuir um caráter suspensivo da exigibilidade da obrigação tributária, o parcelamento permite a divisão da dívida tributária para posterior pagamento, que será efetuado por meio de prestações. Todavia, esse "pagamento" parcelado deve se dar com a incidência de juros e multas, para evitar "[...] colocar o sujeito passivo em situação mais favorável do que outros que cumpriram prazos legais" (SCHOUERI, 2013, p. 608).

Ainda na conceituação, é comum encontrar autores que tratam o parcelamento como uma modalidade de moratória, também prevista no CTN como uma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, I). É o que diz Machado (2018) ao elucidar que na moratória o devedor consegue a dilatação do prazo para a quitação do débito, podendo, em alguns casos, este pagamento ser efetuado em parcelas, assim como ocorre nos programas de parcelamentos. Desta forma, ele conclui que a inclusão do parcelamento como hipótese de suspensão pela LC nº 104/2001 não era necessária.

Da mesma forma, Amaro (2006) afirma que o parcelamento já possuía o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário mesmo antes de sua inclusão no Código Tributário Nacional, tanto por suas características intrínsecas, mas também por ser apenas mais uma modalidade de moratória. Já Sabbag (2016), em sentido contrário, afirma que, apesar das semelhanças existentes, com a inclusão do parcelamento ao CTN, passou ele a gozar de total independência, não mais se confundindo com a moratória.

Para a concessão do parcelamento, em geral, algumas condições são impostas ao sujeito passivo, como o pagamento da primeira parcela e a confissão da dívida. Com isso, ao aderir a um parcelamento, o contribuinte, não mais poderia discutir o débito judicialmente, visto que, ao parcelar sua dívida ele estaria confessando sua existência. Constantes são as críticas e os estudos a respeito desta obrigatoriedade. Nesse sentido, Dexheimer (2015) entende que a maior restrição consiste na proibição de o particular invocar o Judiciário futuramente, com a renúncia à pretensão, pois impede o contribuinte contestar a obrigação tributária na esfera judicial. Por sua vez, Padilha e Alvaraz (2017) demonstraram que os tribunais têm admitido a discussão judicial do débito parcelado mesmo a lei enfatizando que tal confissão seria irrevogável e irretratável.

Outro ponto a se destacar, na perspectiva das empresas, é que, além do benefício de poder fracionar a dívida tributária, após a adesão a um programa de parcelamento é possível efetuar o requerimento de uma Certidão Positiva com efeito de Negativa, que permite a

empresa participar de processos licitatórios e celebrar contratos com os órgãos públicos, o que, em muitos casos, é uma importante fonte de receita para as empresas (MACHADO, 2018).

Tratando-se dos parcelamentos concedidos no país ao longo do tempo, como demonstra Dexheimer (2015), eles são, usualmente, separados entre parcelamento ordinário (ou comum) e os parcelamentos especiais. O parcelamento ordinário foi instituído pela Lei nº 10.522/2002 e é disciplinado do artigo 10 ao 14-F. Tal parcelamento está sempre disponível ao contribuinte, que pode parcelar seus débitos em até 60 (sessenta) prestações. É o que estabelece a norma: “os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional poderão ser parcelados em até sessenta parcelas mensais, a exclusivo critério da autoridade fazendária, na forma e condições previstas nesta Lei”.

Conforme descrito no art. 155-A, § 1º do CTN, os parcelamentos, em geral, não afastam a incidência de juros e multa. Isso é visto no parcelamento comum, onde eles se mantêm acrescidos ao valor principal da dívida. Entretanto, Paulsen (2017) constata que é prática comum por parte da legislação brasileira conceder parcelamentos que não só possuem prazos muito maiores que o previsto no parcelamento ordinário, como também oferecem reduções substanciais nos juros e multas, ocorrendo, em alguns casos, sua exclusão total.

São os parcelamentos especiais, constantemente empregados tanto em âmbito federal como estadual e municipal. Como já comentado, foram quase 40 programas instaurados desde o início do milênio, porém na esfera federal quatro se destacam: (i) Programa de Recuperação Fiscal ou Refis, instituído pela Lei nº 9.964/2000 e abrangeu os débitos vencidos até 29 de fevereiro de 2000, permitindo fossem parcelados sem que houvesse um limite máximo de prestações; (ii) Parcelamento Especial ou Paes, instaurado pela Lei nº 10.684/2003 e possibilitou o parcelamento em até 180 (cento e oitenta) prestações mensais dos débitos vencidos até 28 de fevereiro de 2003; (iii) Parcelamento Excepcional ou Paex, entrou em vigor com redação dada pela Medida Provisória nº 303/2006 e ofereceu três opções de parcelamento, com destaque para a modalidade que permitia a divisão do débito em até 130 (cento e trinta) parcelas; (iv) Parcelamento da Crise, criado pela Lei nº 11.941/2009 e abriu uma série de opções de parcelamentos e reparcelamentos de débitos, com destaque para a possibilidade de, novamente, fracionar a dívida em até 180 (cento e oitenta) parcelas; o programa ainda contou com quatro reaberturas, sendo uma em 2013 e três em 2014.

Além do elevado número de parcelas, todos estes programas contaram com expressivas reduções nos juros, multas, ou em ambos. Como exemplo, pode-se citar o Parcelamento da Crise, que no art. 1º, § 3º, II oferece um parcelamento em trinta prestações com redução de 90% da multa de mora e 45% dos juros. Além destes, cabe destacar outros dois parcelamentos mais recentes, o Programa de Regularização Tributária (PRT) e o Programa Especial de Regularização Tributária (PERT). Instituídos pelas Medidas Provisórias nº 766/2017 e nº 783/2017 respectivamente, também ofereceram condições especiais de parcelamento e, somados, contaram com quase 850.000 aderentes, conforme dados da receita federal.

Por fim, é importante citar também que, de modo geral, a lei deixa aberta a possibilidade da realização de reparcelamentos, como é descrito no art. 14-A da Lei nº 10.522/2002. Isso é ainda mais evidente nos programas de parcelamentos especiais. Tomando por exemplo o Paex, a MP 303/2006 em seu artigo 4º explicita a possibilidade do reparcelamento dos débitos que foram incluídos tanto no parcelamento comum como no Refis e no Paes. Tal possi-

bilidade tornou comum a transferência dos débitos parcelados em um programa para outro com condições mais favoráveis.

2. O SISTEMA TRIBUTÁRIO DO SIMPLES NACIONAL E O PARCELAMENTO PREVISTO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 155/2016

Esse item tem por objetivo apresentar algumas considerações sobre o tratamento jurídico tributário dado às pequenas empresas e analisar a possibilidade de parcelarem os seus débitos tributários conforme a Lei Complementar nº 155 de 2016.

2.1. O TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DAS MICROS E PEQUENAS EMPRESAS

As micros e pequenas empresas necessitam, a propósito do art. 179 da CF, tratamento jurídico diferenciado que as incentive com a simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias. Nesse sentido, a Constituição apresenta normas de competência que permitem ao legislador infraconstitucional criar um tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte (CUNHA, 2011).

O sistema tributário não pode ser visto de forma simplista, tendo como único objetivo a arrecadação de tributos para os cofres públicos, mas sim como um mecanismo de realização da justiça social (COSTA; DIEHL, 2017). O tratamento diferenciado assegurado pela Constituição deve ser interpretado nesse contexto, como uma forma de justiça social, colaborando com a concretização dos direitos fundamentais.

Desde sua criação, o Simples Nacional passou por diversas alterações e tentativas de aperfeiçoamento. Inicialmente criado pela Lei nº 9.317/96, o regime permitia o recolhimento unificado dos impostos federais, sendo por esse motivo o nome "Simples". Em 2006 entrou em vigor a Lei Complementar nº 123/2006, que revogou a Lei nº 9.317/96 e aumentou o rol de tributos englobados pelo Simples, incluindo tributos estaduais e municipais. Posteriormente, essa lei veio a sofrer inúmeras alterações, principalmente com as Leis Complementares nº 147/2014 e nº 155/2016 que praticamente reestruturaram a legislação relativa ao Simples Nacional.

Com isso, o Simples Nacional permite que as empresas optantes, enquadradas na condição de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, recolham, de forma unificada, oito tributos, incluindo o ICMS, de competência estadual, e o ISS, de competência municipal. Também admite-se aderir ao Simples, conforme a legislação, o empresário que atenda as condições para ser considerado Microempreendedor Individual.

Machado (2018) evidencia que a Constituição Federal já fazia menção à possibilidade e à necessidade de se oferecer um tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte. A definição do porte da empresa é realizada com base em sua receita bruta anual. Hoje, já considerando as alterações trazidas pela Lei Complementar nº 155/2016,

classifica-se como microempresa a pessoa jurídica que aufera no ano calendário uma receita bruta de até R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e empresa de pequeno porte a empresa que obtenha uma receita superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

A importância do tratamento diferenciado às pequenas empresas é demonstrada por Machado (2018), em virtude dos obstáculos por elas enfrentados no que tange, principalmente, às questões que envolvem sua tributação. Essas dificuldades abrangem também as obrigações acessórias, que se tornam demasiadamente complexas para essas empresas que, em geral, não tem à disposição um departamento exclusivo para tratar das obrigações acessórias tributárias. Dessa maneira, as medidas de simplificação surgem como uma forma de proteção da livre iniciativa e de fomentação de uma concorrência mais justa.

Além do ICMS e do ISS, o Simples Nacional abrange ainda os seguintes tributos: IRPJ, IPI, CSLL, Cofins, Pis/Pasep e a CPP. O cálculo do tributo no Simples é feito tendo como base de cálculo a receita bruta dos últimos 12 meses. Como Cleônimo dos Santos (2018) explica, cada empresa utilizará as tabelas contidas na lei, específicas para o seu ramo de atuação, para o cálculo do tributo único. Posteriormente, há a repartição do valor recolhido entre todos os tributos que foram englobados, sendo que tais porcentagens variam conforme a faixa da empresa e seu ramo de atuação.

Tratando-se especificamente das alterações promovidas pela Lei Complementar nº 155/2016, além da instituição do parcelamento especial (art.9º), cabe citar a mudança no limite da receita para o enquadramento das organizações como empresa de pequeno porte, subindo de R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) para R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) e para o enquadramento dos empresários em microempreendedores individuais, subindo de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) para R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais). Outro ponto importante foi abertura da possibilidade da figura conhecida como "investidor anjo" realizar aporte de capital nas empresas enquadradas no regime, porém sem fazer parte do capital social da entidade. Houve também a diminuição do número de tabelas e faixas de faturamento para o cálculo do tributo e a inclusão de novas atividades dentre as que podem optar pelo regime.

2.2. O PARCELAMENTO DE DÉBITOS NO SIMPLES NACIONAL

Conforme mencionado no início do trabalho, não foram muitos os programas de parcelamentos concedidos pela legislação concernente ao Simples, principalmente em função de ser um regime relativamente novo.

A primeira possibilidade de parcelar os débitos para as micros e pequenas empresas foi instituída em 2008 como uma alternativa para que as empresas pudessem ingressar no regime do Simples Nacional. Isso graças à vedação existente no art. 17, V da Lei Complementar 123/2016 que impede as pessoas jurídicas que possuam débitos vencidos com o INSS e com as Fazendas Públicas aderirem ao Simples Nacional. Desta forma a Lei Complementar nº 128/2018 permitiu que as empresas parcelassem seus débitos em até 100 (cem) parcelas mensais e sucessivas, sendo de R\$ 100,00 (cem reais) o valor mínimo de cada prestação. Assim, as micros e pequenas empresas poderiam optar por esse parcelamento e,

suspendendo a exigibilidade de seus débitos, optar pelo Simples Nacional como regime de tributação.

Conforme Paulsen (2017) esclarece, a segunda possibilidade de parcelamento criada na esfera do Simples Nacional se deu pela Lei Complementar nº 139/2011, que incluiu os §§ 15 ao 24 no artigo 21 da Lei Complementar nº 123/2006. Esse parcelamento se assemelha ao disciplinado pela Lei 10.522/2002 e está sempre disponível às empresas do Simples Nacional. Admite-se o parcelamento dos débitos vencidos do Simples Nacional em até 60 (sessenta) meses. A respeito do valor das parcelas, a Instrução Normativa nº 1.508/2014 determinou que elas não poderiam ser inferiores a R\$ 300,00 (trezentos reais) para as ME e EPP ou a R\$ 50,00 (cinquenta reais) para os Microempreendedores Individuais.

Também há, nesta modalidade, a possibilidade de reparcelamentos. A Resolução CGSN nº 140/2018 dispõe sobre essa opção, mas para que isso seja possível faz-se necessário o pagamento da primeira parcela, que corresponderá a 10% do valor consolidado dos débitos, ou 20% caso haja débito que já tenha sido objeto de reparcelamento anterior.

Posteriormente, com a entrada em vigor da Lei Complementar nº 155/2016, uma nova forma de parcelar os débitos tributários foi instituída. O seu artigo 9º estabeleceu que os débitos vencidos no regime até maio de 2016, poderiam ser divididos em até 120 (cento e vinte) parcelas mensais.

A Instrução Normativa nº 1.677/2016 definiu que para aderir ao programa, o pedido de parcelamento deveria ser efetuado entre os dias 12 de dezembro de 2016 e 10 de março de 2017. Evidentemente, a principal vantagem desse programa, do ponto de vista das empresas, consiste no número máximo de parcelas, sendo, nesse caso, o dobro do parcelamento anterior. A possibilidade de estender esse parcelamento para até cento e vinte meses faz com que se assemelhasse aos programas de parcelamentos especiais citados anteriormente, apesar de não haver aqui uma diminuição substancial nos juros e multas, como ocorreu nos programas mais famosos instituídos pelo governo federal. Há, quando da adesão ao programa, uma redução nas multas de ofício, do seguinte modo:

I – 40% (quarenta por cento), se o sujeito passivo requerer o parcelamento no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data em que foi notificado do lançamento; ou

II – 20% (vinte por cento), se o sujeito requerer o parcelamento no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data em que foi notificado da decisão administrativa de 1ª (primeira) instância (Instrução Normativa nº 1.677/2016, art. 4º, Parágrafo Único, I e II). (BRASIL, 2016)

As regras a respeito do valor das parcelas também não sofreram alterações. Tanto a Lei Complementar 155/2016 que instituiu o programa como a Instrução Normativa nº 1.677/2016 que posteriormente o regulamentou esclareceram que o valor das parcelas será calculado dividindo-se o valor consolidado da dívida pelo número de parcelas, sendo o seu valor mínimo de R\$ 300,00 (trezentos reais) para as ME e as EPP e de R\$ 50,00 (cinquenta reais) em caso de MEI.

Muito semelhantes também são as causas de rescisão dos parcelamentos, apesar de não reproduzir literalmente o que é explícito no Art. 21, § 24, I e II da LC 123/2006, a Instrução Normativa nº 1.677/2016 estabelece como causas de rescisão o não pagamento de três prestações, não necessariamente consecutivas, ou a não liquidação completa da dívida após

vencimento da última parcela. Cabe destacar que a legislação possibilitou a transferência para o programa dos débitos parcelados na forma do parcelamento ordinário, ocasionando, por consequência, a desistência deste.

Por fim, o último programa de parcelamento criado no regime se deu com a promulgação da Lei Complementar nº 162/2016. Essa norma instituiu o Programa Especial de Regularização Tributária das empresas do Simples Nacional (Pert-SN), que ofereceu condições especiais de parcelamento e foi uma adaptação ao regime do Programa Especial de Regularização Tributária criado pelo governo federal na Medida Provisória nº 783/2017.

Conforme demonstrado por Paulo Lenir dos Santos (2018), os valores das parcelas mínimas se mantiveram iguais aos dos programas anteriores. Entretanto, a Lei Complementar nº 162/2018 ofereceu três formas diferentes de parcelar as dívidas, com reduções nas multas e juros proporcionais ao número de prestações escolhidas. Como condição imposta para adesão a esse parcelamento a legislação definiu a obrigatoriedade do pagamento de, no mínimo, 5% do valor consolidado da dívida. Posteriormente, após o pagamento, poderia o sujeito passivo optar pelas seguintes formas de quitação do débito, previstas no art. 1º da Lei Complementar 162/2018:

- a) liquidado integralmente, em parcela única, com redução de 90% (noventa por cento) dos juros de mora, 70% (setenta por cento) das multas de mora, de ofício ou isoladas e 100% (cem por cento) dos encargos legais, inclusive honorários advocatícios;
- b) parcelado em até cento e quarenta e cinco parcelas mensais e sucessivas, com redução de 80% (oitenta por cento) dos juros de mora, 50% (cinquenta por cento) das multas de mora, de ofício ou isoladas e 100% (cem por cento) dos encargos legais, inclusive honorários advocatícios; ou
- c) parcelado em até cento e setenta e cinco parcelas mensais e sucessivas, com redução de 50% (cinquenta por cento) dos juros de mora, 25% (vinte e cinco por cento) das multas de mora, de ofício ou isoladas e 100% (cem por cento) dos encargos legais, inclusive honorários advocatícios. (BRASIL, 2018)

Esse programa abrangeu os débitos vencidos até novembro de 2017 e para sua adesão as empresas deveriam apresentar o requerimento entre os dias 4 de junho a 9 de julho de 2018, conforme a Instrução Normativa nº 1.808/2018. Poderiam também transferir para o Pert-SN, os débitos parcelados de acordo com o parcelamento previsto nos outros dois programas aqui já citados.

3. OS REFLEXOS DOS PARCELAMENTOS TRIBUTÁRIOS NA ARRECADAÇÃO TRIBUTÁRIA

Por ter adquirido significativa importância como ferramenta de recuperação fiscal a partir do início do milênio, os parcelamentos tornaram-se também um objeto de estudo dos mais relevantes. Tributaristas, contadores e economistas com frequência têm se preocupado em evidenciar seus efeitos e implicações, se estendendo também aos órgãos públicos, com a

publicação de uma importante análise a respeito dos reflexos dos parcelamentos especiais pela Receita Federal.

Padilha e Alvaraz (2017) realizam um estudo que tem por base as já mencionadas cláusulas presentes nos parcelamentos, que tornam obrigatória, quando da adesão a algum programa, a desistência de qualquer ação judicial que envolva o débito parcelado. Os autores concluem que esta obrigatoriedade fere os direitos dos contribuintes, primeiro pelo fato de que é garantido pela Constituição o direito ao Judiciário, mas também pelo fato de tais cláusulas conferirem aos parcelamentos a ideia de que há um acordo de vontades entre o órgão público e o contribuinte em relação a obrigação tributária, o que não traduz a realidade, visto que o tributo decorre de previsão legal e independe da vontade das partes. O estudo também se ocupou em apresentar o posicionamento dos tribunais a respeito da questão e verificou-se que a discussão judicial do débito parcelado tem sido admitida, desde que seja constatada a existência de algum tipo de vício em sua confissão, maculando seu efeito como meio de prova.

Dexheimer (2015), no mesmo sentido, aponta para a inconstitucionalidade das cláusulas em questão. Demonstra que a adesão a um parcelamento não pode estar condicionada à renúncia de um direito constitucional, e que desta imposição podem surgir consequências graves, como a validação da cobrança de tributos ilegais, uma vez que aderindo ao parcelamento o contribuinte não mais poderia discutir a legitimidade do débito na esfera judicial.

Muzzi Filho, Gonçalves e Quadros (2018) examinam os reflexos dos parcelamentos especiais tendo por base o princípio da eficiência, no qual devem ser pautadas as ações do Estado. Tendo em vista o entendimento de que os parcelamentos especiais teriam por objetivo o atendimento de situações excepcionais, os autores entendem que a reiterada abertura desses programas possui o efeito de deturpar a realidade, criando-se a ideia de uma infundável crise econômica.

Além dessa distorção da realidade e da legislação, a constante aplicação dos programas de parcelamento tem o efeito contrário àquele esperado, de incentivar a regularização tributária dos contribuintes, agindo, muitas vezes, de forma a fomentar a inadimplência, visto que as empresas podem, simplesmente, optar pelo não pagamento de seus tributos considerando a possibilidade de haver, em um curto período de tempo, a abertura de um novo programa, que permita a divisão da dívida por prolongado período e em condições extremamente favoráveis, considerando as reduções nos juros e multas.

Diante desse cenário, Muzzi Filho, Gonçalves e Quadros (2018) concluem que os programas de parcelamento não têm apresentado eficiência em seu propósito, atuando de forma negativa, inclusive, na concorrência das empresas, visto que as organizações que pagam seus tributos em dia acabam contraindo uma desvantagem competitiva, por não gozarem dos benefícios fornecidos pelos programas de parcelamentos.

Fortalecendo essa ideia, Paes (2012) se utiliza de um modelo econométrico para avaliar os efeitos dos parcelamentos no comportamento dos contribuintes. O autor encontra aquilo que ele chama de "ponto ótimo de arrecadação", ponto em que o maior número de contribuintes pagaria seus tributos espontaneamente. Segundo o autor (PAES, 2012), no país, esse percentual seria de 66%, o que significa que, no Brasil, na melhor das hipóteses, 66% dos contribuintes quitam seus débitos tributários de forma espontânea. Paes (2012) demonstra,

porém, que com os efeitos das frequentes aberturas de programas de parcelamento esse percentual cai para aproximadamente 62%. Após a conclusão do modelo, observa-se que a expectativa por um novo parcelamento com condições favoráveis diminui a propensão dos contribuintes recolherem espontaneamente seus tributos, novamente trazendo a ideia de um incentivo à inadimplência.

Faber e Silva (2016) também buscaram, com uma análise econômica, estudar as consequências dos parcelamentos no comportamento dos contribuintes. A amostra analisada foi constituída pelas empresas que passaram por um acompanhamento diferenciado pela Receita Federal e que aderiram ao Parcelamento da Crise ou a alguma de suas reaberturas. Os autores chegaram à conclusão que a expectativa pelo parcelamento, nos dois anos anteriores à sua abertura, é capaz de reduzir em até 5,8% a arrecadação induzida das empresas optantes pelos parcelamentos em relação as não optantes, e nos dois anos posteriores a sua abertura, no que chamam de "efeito colateral", a redução pode chegar a 1,5%. Dessa forma, considerando o valor arrecadado ao longo dos anos pelas empresas analisadas, estimam que as perdas na arrecadação, em decorrência do "efeito expectativa" e do "efeito colateral", correspondem a aproximadamente R\$ 18,6 bilhões por ano.

Outro resultado importante a se destacar foi a participação das empresas analisadas em relação ao total arrecadado de forma espontânea. Para isso Faber e Silva (2016) dividiram as empresas entre optantes e não optantes dos parcelamentos especiais e analisaram seus comportamentos levando em consideração os programas abertos a partir do ano 2000. Chega-se à conclusão que, até 2007, as empresas optantes possuíam uma participação consideravelmente maior que as não optantes, girando em torno de 60% do total. Entretanto, a partir desse ano a diferença passou a diminuir e se inverteu em 2014, passando a corresponder a cerca de 49% do total arrecadado espontaneamente. Sobre este resultado os autores (FABER; SILVA, 2016, p. 165) entendem que "[...] parece ser sintomática a existência de risco moral e de que as empresas que já optaram por parcelamentos adquiriram um comportamento diferente perante o fisco: o de reduzir os pagamentos espontâneos".

Outra importante fonte de informações sobre o tema encontra-se no estudo realizado pela Receita Federal em 2016 e atualizado em 2017, que tratou dos efeitos dos parcelamentos especiais instituídos a partir do ano 2000 (BRASIL, 2017). Esse estudo apresenta informações extremamente relevantes para a análise do assunto, como, por exemplo, o valor da renúncia fiscal que esses programas representaram, o percentual de quitação dos quatro principais programas de parcelamentos especiais, o número de contribuintes que aderiram a três ou mais programas, entre outros.

O estudo (BRASIL, 2017) conclui que os parcelamentos não têm alcançado êxito em seu propósito de recuperar as dívidas tributárias. Contribui para essa conclusão a alta renúncia fiscal que esses programas representaram aos cofres públicos, tendo em vista que apenas o Parcelamento da Crise implicou uma renúncia de mais de sessenta bilhões de reais. Também reforça essa ideia o fato de que, entre os anos de 2013 e 2016, em que vários programas de parcelamentos especiais foram criados, o passivo tributário da União subiu de um trilhão e cem bilhões de reais para um trilhão e seiscentos bilhões de reais, corroborando a ideia de que os parcelamentos especiais têm contribuído para o aumento da inadimplência.

Outro dado relevante fornecido pelo estudo (BRASIL, 2017), como citado, é o percentual de quitação dos quatro principais parcelamentos especiais instaurados em âmbito federal.

Esse percentual demonstrou ser muito baixo, sendo minoria os contribuintes que aderiram a um programa e liquidaram a totalidade do débito pelo parcelamento. Mais comum tem sido a exclusão do programa, tanto em função de inadimplência quanto pela opção por um novo parcelamento. Exemplo claro é o Refis, instaurado em 2000, no qual apenas 6,81% de seus débitos foram liquidados integralmente no programa, conforme a tabela abaixo:

Parcelamento Especial	Quantidades						
	Ade-sões	Ativos	%	Exclusões	%	Liquidações	%
Refis	129.181	2.853	2,21%	117.446	90,92%	8.791	6,81%
PAES	374.719	4.311	1,15%	248.504	66,32%	121.849	32,52%
PAEX	244.722	3.517	1,44%	146.792	59,98%	94.021	38,42%
Refis da Crise	536.697	105.581	19,67%	177.515	33,08%	253.604	47,25%

Fonte: Receita Federal de Brasil (2017)

Tabela 1 – Situação atual dos principais parcelamentos federais

Por fim, outra constatação importante diz respeito à discrepância existente entre os prazos dos parcelamentos concedidos no Brasil e os concedidos na maioria dos outros países. Para tanto, utiliza-se um estudo realizado pela OCDE que foi publicado em 2014. Nele constatou-se que, enquanto apenas no parcelamento convencional brasileiro, os débitos podem ser divididos em até 60 parcelas, nos outros países o prazo máximo, em geral, é de 12 ou 24 meses, e quando é estabelecido um prazo maior garantias são exigidas. Obviamente que se comparado com os prazos dos parcelamentos especiais esta disparidade fica ainda mais evidente.

3.1. ANÁLISE DA EFETIVIDADE DO PARCELAMENTO DO SIMPLES NA ARRECADAÇÃO PÚBLICA

Como apontado, o presente artigo tem como objetivo analisar o parcelamento especial do Simples Nacional implantado pela Lei Complementar nº 155/2016, enfatizando a sua efetividade na maximização da arrecadação pública. Após tratar dos aspectos legais do parcelamento tributário, sobretudo do destinado aos débitos do Simples Nacional, dedica-se a examinar se o parcelamento atinge as suas finalidades.

A ferramenta “painel dos parcelamentos” disponibilizada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional tem por fundamento a Lei nº 10.522/2002. Nesta norma é proferido que “mensalmente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional divulgarão, em seus sítios na internet, demonstrativos dos parcelamentos concedidos no âmbito de suas competências”. Essa ferramenta foi a principal base para este estudo.

Para efeitos metodológicos, deve-se informar que a análise dos dados contidos no “painel dos parcelamentos” foi realizada entre os meses de dezembro de 2016 e março de 2017, referente ao período de adesão ao parcelamento estudado. Levou-se em consideração todos os Estados brasileiros e examinou-se a situação atual dos parcelamentos concedidos na forma da LC nº 155/2016, conforme apresentada no painel. Nesse caso, quanto maior o número de parcelamentos ativos, com sua situação regular, ou de débitos total-

mente quitados no parcelamento, maior será a aproximação do programa de seu objetivo de regularização tributária. De forma diversa, quanto maior o número de débitos excluídos do parcelamento, menor será sua eficiência do ponto de vista do Estado, e maior será a distância de seu objetivo de quitação dos débitos vencidos e de consequente regularização fiscal.

Para que fosse possível a realização da análise proposta, filtrou-se entre todos os parcelamentos concedidos no período de dezembro de 2016 a março de 2017, apenas aqueles nas condições do art. 9º da Lei Complementar nº 155/2016. Após a realização desse filtro, utilizando-se o programa Excel, chegou-se a um total de 42.325 (quarenta e dois mil e trezentos e vinte e cinco) parcelamentos nos moldes desta lei. Esse foi o total de parcelamentos utilizados na análise. Cabe destacar que esse não é o total de parcelamentos, de fato, concedidos, tendo em vista que uma parcela foi indeferida de maneira eletrônica, e uma outra foi indeferida de outra forma, não especificada no portal.

Em seguida, o ponto principal passa a ser a situação atual dos parcelamentos, que, conforme disponibilizado pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, se encontram em uma das seguintes situações: (a) Deferidos e Consolidados: são os parcelamentos que ainda estão em vigor, e estão com sua situação em dia; (b) Encerrados por Liquidação: é a parcela dos parcelamentos que foi encerrada pelo total pagamento do contribuinte; (c) Encerrados por Rescisão: são os parcelamentos que foram encerrados pelo não cumprimento das normas por parte do contribuinte, como o não pagamento de três prestações ou a não liquidação completa do parcelamento após o pagamento da última parcela. Outra possibilidade seria a transferência desse parcelamento para outro, o que causaria, conforme define a lei, a desistência do primeiro; (d) Indeferimento Eletrônico: são os casos em que o pedido de parcelamento não foi aceito pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Sendo a recusa feita de forma eletrônica; (e) Indeferido: também são pedidos de parcelamento recusados pela PGFN. Entretanto, não é abordada a forma como esse indeferimento se deu. Apenas seis de todos os parcelamentos analisados se enquadraram nesta situação.

Como o objetivo principal do parcelamento é sua quitação, para que se pudesse chegar à conclusão de que o parcelamento tem atingido seus fins, entende-se que o maior número possível dos parcelamentos deveria estar enquadrado na situação "Encerrados por Liquidação", o que equivaleria a dizer que os parcelamentos têm, de fato, sido pagos integralmente. Entretanto, em virtude de o número máximo de parcelas possíveis nesse programa de parcelamento ser de cento e vinte, ou dez anos, era de se esperar que grande parte dos parcelamentos ainda continuassem ativos, classificados na categoria "Deferidos e Consolidados".

Por outro lado, pode-se inferir que, para esse programa de parcelamento ser eficiente, contribuindo com a ampliação da arrecadação, o menor número possível deveria estar enquadrado como "Encerrado por Rescisão", ou seja, por algum dos motivos já citados, os contribuintes não quitaram, integralmente, sua dívida parcelada. Por sua vez, os parcela-

mentos que foram indeferidos assumem uma característica diferente, não tão relevante para a análise, pois sequer chegaram a ser aceitos, não sendo possível avaliar o comportamento desses contribuintes em relação a dívida.

A tabela abaixo demonstra a quantidade de parcelamentos classificados em cada situação e suas respectivas porcentagens em relação ao todo:

Situação do Parcelamento	Número de parcelamentos enquadrados	Percentual de cada situação
Deferidos e Consolidados	1.361	3,22%
Encerrados por Liquidação	2.330	5,50%
Encerrados por Rescisão	29.708	70,19%
Indeferidos	6	0,01%
Indeferimento Eletrônico	8.920	21,08%
Total	42.325	100%

Fonte: Elaborado pelo autor

Tabela 2 – Situação atual dos parcelamentos concedidos na forma da LC n° 155/2016

Tendo por base o cenário ideal, em que os parcelamentos deveriam ter sido quitados, ou seja, enquadrados como "Encerrados por Liquidação", ou então, estarem ativos, sendo pagos em dia e classificados, desta forma, como "Deferidos e Consolidados", a tabela 2 demonstra a total inadequação da efetividade arrecadatória do parcelamento, uma vez que essas duas situações somadas atingem apenas 8,72% dos parcelamentos analisados. Em contrapartida, os parcelamentos "Encerrados por Rescisão" refletem 70,19% do total, comprovando que a grande maioria destas dívidas não será liquidada dentro do parcelamento.

Em consonância com o que foi apresentado, pertinente também é a análise dessas situações desconsiderando os parcelamentos indeferidos, por não serem relevantes para o escopo desta pesquisa, conforme demonstra a tabela 3 abaixo.

Situação do Parcelamento	Número de parcelamentos enquadrados	Percentual de cada situação
Deferidos e Consolidados	1.361	4,07%
Encerrados por Liquidação	2.330	6,98%
Encerrados por Rescisão	29.708	88,95%
Total	33.399	100%

Fonte: Elaborado pelos autores

Tabela 3 – Situação dos parcelamentos, desconsiderados os indeferidos

Quando a análise deixa de levar em conta os parcelamentos indeferidos, esse resultado fica ainda mais evidente, como mostra a tabela 3. Nesse caso, os parcelamentos "Deferidos e Consolidados" e "Encerrados por Liquidação", somados, correspondem a 11,05% do total analisado, enquanto os parcelamentos que foram rescindidos, por descumprimento da norma por parte do contribuinte, ou por opção por outro parcelamento, representam a 88,95%.

Avaliando-se os dados por Estado, Minas Gerais foi aquele com o maior percentual de dívidas encerradas por seu total pagamento. Entretanto, esse resultado não foi muito diver-

gente do percentual total, atingindo 6,8%. Tocantins apresentou o pior resultado para essa situação, com apenas 3,39% dos parcelamentos totalmente pagos. Nesse Estado o percentual de parcelamentos que ainda estão em vigor, classificados como "Deferidos e Consolidados", também é inferior à média geral, sendo de 1,98% do total. Já o Estado que teve o maior percentual de parcelamentos "Encerrados por Rescisão" foi o Rio Grande do Norte, com 75,76%. O menor percentual para essa situação está em Roraima, com 63,49%. Já São Paulo, o Estado com o maior número de parcelamentos, exibiu um total de 3,79% de parcelamentos "Deferidos e Consolidados", 6,40% de parcelamentos "Encerrados por Liquidação" e 67,63% "Encerrados por Rescisão, além dos parcelamentos indeferidos.

Constata-se que a variação dos resultados entre os Estados é baixa, não sendo o resultado geral influenciado por uma exceção, ou por um comportamento anormal de um ou de um conjunto de Estados. Desta maneira, é possível depreender que o comportamento do contribuinte em relação a esse programa de parcelamento foi relativamente semelhante em todo o país, havendo a clara tendência ao seu não cumprimento até o final.

Além da inadimplência, que sempre esteve presente nos parcelamentos concedidos, um fator que surge com uma das possíveis justificativas para o elevado número de rescisão antes de serem integralmente pagos, consiste na criação do Programa Especial de Regularização Tributária das empresas do Simples Nacional. Apesar de não haver, nos dados analisados, informação a respeito da transferência de parcelamentos, a tendência de os contribuintes migrarem suas dívidas de um parcelamento para outro mais benéfico, verificada nos parcelamentos anteriores, fornece subsídios para sustentar esta hipótese. Ainda, se for considerado que no PERT-SN os prazos máximos são ainda maiores que o do parcelamento da LC nº 155/2016 e que há maiores reduções nos juros e multas, essa tese ganha ainda mais força.

Levanta-se aqui uma nova sugestão de pesquisa, para se avaliar a quantidade parcelamentos que foram transferidos do Parcelamento Especial do Simples Nacional para o Programa Especial de Regularização Tributária das empresas do Simples Nacional, e avaliar qual tem sido o comportamento do contribuinte em relação a esse último parcelamento.

Relevante também pode ser a comparação dos resultados do Parcelamento Especial do Simples Nacional com o dos quatro principais parcelamentos federais concedidos (Refis; PAES; PAEX e Refis da Crise). Avaliando os dados da tabela 1 e da tabela 3 (que desconsidera os parcelamentos indeferidos), percebe-se uma semelhança maior entre os resultados do parcelamento do Simples e o do Refis instituído em 2000. No Refis, dos 129.181 (cento e vinte e nove mil e cento e oitenta e um) parcelamentos concedidos, 9,02% ou foram totalmente liquidados ou ainda estavam ativos, enquanto no parcelamento do Simples Nacional os parcelamentos ativos ou totalmente liquidados somavam 11,05%. Entretanto há uma disparidade maior quando se realiza a comparação com o PAES, com o PAEX e com o Refis da Crise. No PAES os parcelamentos ativos ou liquidados somaram 33,67% do total, no PAEX, o percentual foi de 39,86%, enquanto no Refis da Crise foi de 66,92%, tendo todos apresentado resultados superiores ao do parcelamento analisado.

CONCLUSÃO

Buscando responder se o parcelamento é a melhor ferramenta para lidar com a inadimplência das micro e pequenas empresas e ampliar as receitas públicas, o presente artigo teve como objetivo principal avaliar o comportamento do contribuinte em relação ao parcelamento de débitos tributários concedido pela Lei Complementar nº 155/2016 às empresas enquadradas no Simples Nacional e dessa forma avaliar se o parcelamento em questão obteve sucesso em seus dois propósitos principais: o de regularizar as empresas do regime e o de impulsionar a arrecadação pública.

Além deste objetivo central, o presente estudo buscou demonstrar as principais características jurídicas dos parcelamentos tributários. Analisou também o Simples Nacional, tendo como foco principal os parcelamentos concedidos no regime, sendo um deles o parcelamento examinado no trabalho. Por fim, como último objetivo específico, buscou avaliar como o parcelamento concedido pela Lei Complementar nº 155/2016 impactou a receita pública.

Para responder à questão de pesquisa foram analisados os dados fornecidos pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, buscando-se estudar especificamente esse parcelamento concedido às empresas do Simples, avaliando objetivamente os resultados encontrados e fazendo um paralelo com as conclusões apresentadas em outras pesquisas. Por meio dessa investigação, foi possível corroborar com os estudos realizados, graças ao número extremamente baixo de parcelamentos que foram totalmente pagos ou que estão com sua situação regular, tendo sido excluída a grande maioria dos débitos parcelados.

A tese de que os contribuintes adquiriram, com os constantes parcelamentos, o hábito de não quitar um parcelamento pela expectativa por outro mais benéfico, caracterizando uma rolagem da dívida, não pode aqui ser descartada. Isso porque a Lei Complementar nº 162/2018 possibilitou que as empresas do Simples parcelassem suas dívidas em condições mais vantajosas que aquelas oferecidas pelo parcelamento analisado nesse artigo, tratando-se dos prazos para quitação e reduções nos juros e multas. Desta forma, a possibilidade de transferência de um parcelamento para outro deve ser considerada.

Sendo assim, o estudo apontou para a ineficiência desse programa parcelamento como forma de regularização tributária, tendo em vista que, das 33.399 (trinta e três mil e trezentas e noventa e nove) empresas que chegaram a ter suas dívidas enquadradas no parcelamento, 29.708 (vinte e nove mil e setecentos e oito) foram excluídas. Constata-se que não foram disponibilizados os motivos das rescisões, o que dificulta uma análise mais aprofundada. Entretanto, os números são significativos o suficiente para que se possa contestar a efetividade desse parcelamento como ferramenta benéfica ao Estado, não contribuindo para a ampliação de investimentos públicos na promoção da justiça social.

Vale ressaltar que a ausência de estudos relacionados ao parcelamento analisado, bem como as dificuldades encontradas para a coleta de dados dificultaram uma análise mais aprofundada, principalmente em relação aos impactos arrecadatórios do parcelamento. Sugere-se, para pesquisas futuras, avaliar a quantidade de parcelamentos transferidos do Parcelamento Especial do Simples Nacional para o Programa Especial de Regularização Tributária das empresas do Simples Nacional e examinar qual tem sido o comportamento das empresas em relação a este novo parcelamento.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRASIL. Secretaria da Receita Federal. *Estudos sobre impactos dos parcelamentos especiais*. De 29 de dezembro de 2017. Brasília 2017. Disponível em <http://receita.economia.gov.br/dados/20171229-estudo-parcelamentos-especiais.pdf>. Acesso em 20 maio 2019.
- COSTA, Marli Marlene Moraes da; DIEHL, Rodrigo Cristiano. A realização da justiça social em tempos de globalização: uma análise sobre a extrafiscalidade. *Revista Direito & Paz*, v. 2 n. 37, p. 108-116, ago.-dez. 2017. Disponível em <http://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/796>. Acesso em 27 abr. 2020.
- CUNHA, Carlos Renato. *O Simples nacional, a norma tributária e o princípio federativo: limites da praticabilidade tributária*. Curitiba: Juruá, 2011.
- DEXHEIMER, Vanessa Grazziotin. *Parcelamento tributário: entre vontade e legalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- FABER, Frederico Igor Leite; SILVA, João Paulo Ramos Fachada Martins da. Parcelamentos tributários – análise de comportamento e impacto. *Revista da Receita Federal: estudos tributários e aduaneiros*, Brasília-DF, v.3, n.1-2, p. 161-187, jan.-dez. 2016. Disponível em <http://receita.economia.gov.br/publicacoes/revista-da-receita-federal/revistarfbv3.pdf>. Acesso em 18 maio 2019.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito tributário e financeiro*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Manual de direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- MUZZI FILHO, Carlos Victor; GONÇALVES, Antonieta Caetano; QUADROS, Aparecida Dutra de Barros. O princípio da (in)eficiência no controle dos reiterados programas de refinanciamentos de débitos tributários federais ("refis"). *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 34, n. 2, p. 357-374, jun.-dez. 2018. Disponível em https://www.fdsu.edu.br/posgraduacao/revista_artigo.php?artigo=312&volume=34.2. Acesso em 16 maio 2019.
- PADILHA, Elisângela; ALVARAZ, Leandro. A renúncia a direitos fundamentais nos parcelamentos tributários. *Revista de artigos do 1º simpósio sobre constitucionalismo, democracia e estado de direito*. [S.l.], v. 1, n. 1, jan. 2017. Disponível em <https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1152>. Acesso em 16 maio 2019.
- PAES, Nelson Leitão. O Parcelamento Tributário e seus Efeitos sobre o Comportamento do Contribuinte. *Revista Economia - ANPEC*, v. 13, n. 2, p. 345-363, mai.-ago. 2012. Disponível em http://www.anpec.org.br/revista/vol13/vol13n2p345_363.pdf. Acesso em 18 maio 2019.
- PAES, Nelson Leitão. Os efeitos dos parcelamentos sobre a arrecadação tributária, *Estud. Econ.*, São Paulo, vol. 44, n. 2, p. 323-350, abr.-jun. 2014. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0101-41612014000200004&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em 18 maio 2019.
- PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SANTOS, Cleônimo dos. *Simples Nacional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018.
- SANTOS, Paulo Lenir dos. *Manual do Simples Nacional*. 4. ed. Porto Alegre: Paixão, 2018.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- VERGUEIRO, Camila Campos. *Obrigação tributária: o processo de positivação e as causas suspensivas da sua exigibilidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- Recebido/Received: 05.05.2020.
- Aprovado/Approved: 24.06.2020.

O GIRO LINGUÍSTICO E A NORMATIZAÇÃO CONSTITUCIONAL NO CASO CONCRETO: CONFORMAÇÃO NA DECISÃO QUE DETERMINOU O SERVIÇO DE TELE-ENTREGA DE RESTAURANTE EM SHOPPING NO PERÍODO DE PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

LINGUISTIC TURNING AND CONSTITUTIONAL
STANDARDIZATION IN THE CONCRETE CASE:
CONFORMATION IN THE DECISION THAT DETERMINED
THE RESTAURANT TELE-DELIVERY SERVICE IN SHOPPING
IN THE CORONAVIRUS PANDEMIC PERIOD

HILBERT MAXIMILIANO AKIHITO OBARA¹

RESUMO

O artigo objetiva analisar a decisão judicial que, em tempos de pandemia do coronavírus, permitiu a um restaurante, estabelecido dentro de um shopping, realizar serviços de tele-entrega. Havia proibição de funcionamento de shoppings e permissão de alguns serviços de restaurante. Inexistia regramento específico para prestação dos mesmos serviços de restaurante dentro dos shoppings. Diante de dispositivos textuais, constantes de decretos municipais, aparentemente conflitantes, com omissão da situação específica, a decisão permitiu um dos serviços. O estofo teórico da decisão tem na condição de possibilidade hermenêutica filosófica, no *dasein*, a relevância do texto e do contexto para a adjudicação de sentidos, permitindo a normatização constitucional no caso concreto, identificando-a na decisão. O procedimento metodológico parte da revisão bibliográfica para estudo do caso paradigma. O estudo revela a possibilidade da construção jurídica que, partindo sempre de uma premissa racional e progressiva dos direitos humanos e fundamentais, possibilita o sentido constitucional e democraticamente adequado. Desse modo, é descartado tanto o aprisionamento do legalismo estrito quanto a aposta no decisionismo.

1 Professor do PPGD e Graduação em direito da Unilasalle. Mestre e doutor em direito pela Unisinos. Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4144-3620>. E-mail: hilbert.obara@unilasalle.edu.br

Como citar esse artigo/How to cite this article:

OBARA, Hilbert Maximiliano Akihito. *O giro linguístico e a normatização constitucional no caso concreto: conformação na decisão que determinou o serviço de tele-entrega de restaurante em shopping no período de pandemia do coronavírus*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 2, p. 154-167, Maio/Ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i2.7883>

PALAVRAS-CHAVE: Normatização constitucional. Conflito aparente de regras. Análise de decisão judicial.

ABSTRACT

The article aims to analyze the court decision that, in times of the coronavirus pandemic, allowed a restaurant, established inside a shopping mall, to perform tele-delivery services. There was a ban on the operation of shopping malls and the permission of some restaurant services. There was no specific regulation for the operation of the same restaurant services inside the malls. Faced with textual provisions, appearing in municipal decrees, apparently conflicting, omitting the specific situation, the decision allowed one of the services. The theoretical basis of the decision is in the condition of philosophical hermeneutic possibility, in the dasein, the relevance of the text and the context for the adjudication of meanings, allowing the constitutional standardization in the specific case, identifying it in the decision. The methodological procedure starts from the literature review to study the paradigm case. The study reveals the possibility of legal construction that, always starting from a rational and progressive premise of human and fundamental rights, makes possible the constitutional and democratically adequate sense. In this way, both the imprisonment of strict legalism and the bet on judicial arbitrariness are ruled out.

KEYWORDS: Constitutional regulation. Apparent rules conflict. Judicial decision analysis.

1. INTRODUÇÃO

São diversos os textos legislativos produzidos para tratar das situações decorrentes da pandemia do coronavírus. Não raro é identificada a limitação do texto legal para a solução dos problemas concretos, como ocorre no caso tratado pela decisão analisada. A fundamentação da decisão não está amparada nem na subsunção e nem em métodos interpretativos para arrancar sentidos do texto legal ou pseudo princípios acobertadores do arbítrio judicial. A decisão judicial não pode estar limitada pelo texto legal, sob pena de, como na situação analisada, não permitir respostas aos anseios sociais. O caso revela a incompletude do texto e, portanto, a impossibilidade da aplicação subsuntiva da lei, como no sonho liberal-burguês do juiz boca da lei. Da mesma forma, não são admissíveis decisões ancoradas em sentidos subjetivamente alcançáveis de forma arbitrária, ainda que pseudo jurídicas por estarem vinculadas a instrumentos de interpretação e/ou pseudo princípios que escondem o arbítrio judicial, apontando para caminhos que não são necessariamente jurídicos e democraticamente progressivos. Os dois percursos são constitucionalmente inadequados em razão da insuficiência do primeiro e da ausência de limites do segundo.

O escrito traz a investigação dos fundamentos teóricos da decisão provisória de urgência antecipada que permitiu a um restaurante, estabelecido dentro de um shopping, a reabertura de um de seus serviços, no período da pandemia do coronavírus. A administração do shopping, da leitura da legislação municipal relacionada à questão, entendeu que deveria barrar a atividade comercial do restaurante. E, de outro lado, os representantes do restaurante entenderam que a mesma legislação municipal autorizava o serviço de tele-entrega (*delivery*) e pegue e leve (*take away*). Porém, a decisão construída constitucionalmente no caso concreto parece permitir apenas o funcionamento da tele-entrega em face do confronto dos textos legislativos e do respaldo dos direitos humanos e fundamentais.

Está em exame o eventual respaldo teórico, hermenêutico-filosófico e constitucional para o resultado pragmático refletido na decisão analisada. A hermenêutica-filosófica é anterior ao direito, não ocupa o mesmo campo, tem objeto próprio e distinto, mas é condição de possibilidade, e, como tal, produz *standards* de racionalidade utilizáveis pelo direito. O *dasein* é limitador dos sentidos, impede o assujeitamento dos objetos, do sentido do texto, ao mesmo tempo em que também faz reconhecer que os sentidos não advêm metafisicamente dos objetos, havendo a indispensabilidade do sujeito-intérprete, na inevitabilidade linguística. Então, no plano apofântico jurídico, a Constituição não é só texto escrito, mas também o é. A condição de possibilidade hermenêutica-filosófica, exige a ultrapassagem da paralisia objetificante, que tem a Constituição como mero texto escrito, cujos sentidos são pré-dados e, portanto, inaptos para alcançar os novos contornos de uma sociedade complexa em constante mutação. Do mesmo modo, impede que a Constituição seja assujeitada pelo intérprete. Quando a adjudicação de sentido da Constituição não pode ser solipsista, descabe ao intérprete arbitrariamente dar o sentido. Na proposta do artigo inexistente espaço tanto para o intérprete refém do texto quanto para aquele que tem o seu eu indevidamente agigantado. Necessário que os sentidos advenham do sujeito mas de conformidade com limitações advindas do contexto social-temporal, guiados pela tradição e história efetual, na concretização da norma constitucional no caso concreto.

Não é dado na contemporaneidade uma cientificidade pura, um resgate do mundo do direito completamente dissociado da sociedade. O jurista não conjuga apenas leis e as analisa em tese. O jurista deve ser despertado do seu sonho de direito puro, estéril, imune aos fatos. Esse resgate valoriza o mundo prático do direito, o mundo da vida, onde as produções jurídicas, o agir dos operadores do direito não pode ignorar a eficácia pragmática. O trabalho traz vetores de racionalidade filosóficos aptos a contribuir para que o direito atente para as consequências fáticas, primando por um delineamento constitucional e democrático. O saber jurídico parte dos direitos humanos e fundamentais para a solução construída de conformidade com as especificidades de cada caso.

Na situação analisada na decisão o óbice integral de todas as atividades do restaurante deixaria-o em tratamento desigualitário em relação aos seus concorrentes, prejudicando sobremaneira o mesmo e conseqüentemente todos aqueles que dependem do seu funcionamento. Por outro lado, a liberação dos mesmos serviços que eram desempenhados pelos demais concorrentes do ramo, estabelecidos fora do shopping, seria apto a gerar uma movimentação de pessoas e funcionários indesejáveis para o momento, potencializando o risco de agravamento dos problemas da pandemia, com maior contaminação e aumento do número de doentes e mortes. Por isso, a normatização constitucional no caso concreto reconheceu a possibilidade da empresa dar vazão aos seus objetivos comerciais somente pela modalidade de tele-entrega, permitindo a concorrência, sem colocar em risco outros interesses relevantes da sociedade defronte ao problema da pandemia do coronavírus. Foram conjugados os interesses constitucionais da liberdade comercial da empresa com a necessidade de respeito à saúde e à vida dos cidadãos.

Os dois textos normativos municipais alcançaram a sua dimensão factual de conformidade com a Constituição. Quando o julgado permitiu que os textos, na expressão gadameriana, trouxessem a sua verdade, houve o respeito à tripartição de poderes, posta como cláusula pétrea constitucional. Se é possível identificar um destaque da função judiciária,

não o é em postura ativista, sobrepondo-se à função executiva ou legislativa. De certo que a supremacia do Poder Judiciário, a aposta no seu protagonismo, não encontra respaldo em um regime democrático. O pressuposto isonômico da cidadania não permite a deslegitimação no exercício do poder, não permite que ninguém, que qualquer pessoa ou instituição avoque para si a tarefa de implementar o bem comum (conforme a sua noção, não necessariamente compartilhada, portanto, própria, de bem comum), submetendo a todos os demais. Verificável da decisão em comento que o julgador no exercício de sua função, dentro dos limites constitucionais, normatiza no caso concreto, trazendo efetividade na busca do contorno democrático desejado socialmente.

2. A DECISÃO ANALISADA

A decisão em questão foi dada liminarmente, em um pedido provisório de urgência constante de uma ação ordinária ajuizada na quinta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cujo teor foi:

“Vistos.

Trata-se de ação ordinária, em que a parte autora, qualificada como restaurante localizado no interior das dependências do Barra Shopping de Porto Alegre, narra que foi notificada pela administração do shopping sobre fechamento de sua atividade comercial, em decorrência das medidas adotadas pelos Decretos Municipais nºs 20.534/2020 e 20.540/2020 à prevenção da COVID-19. Sustenta que o fato de o restaurante autor estar localizado no interior do shopping não é circunstância impeditiva para o funcionamento na modalidade delivery (tele-entrega) e take away (pegue e leve). Fundamenta o pedido com base no art. 11, incisos XIV e XV, e §2º, do Decreto Municipal nº 20.534/2020. Requer a tutela provisória de urgência para autorizar a reabertura da empresa autora para as operações sob sistema de delivery e take away, ressalvada alteração no sistema de atendimento em caso de edição de norma mais benéfica, sob pena de aplicação de multa diária. Anexou documentos.

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, registro que a petição inicial traz elementos conformadores de pedido de tutela provisória de urgência antecipada, sendo assim recebida por aplicação do princípio da fungibilidade das tutelas de urgência. Outrossim, seguirá o procedimento incidente, em face do descumprimento do par. 5º do art. 303 do CPC.

O Município procurou disciplinar procedimentos para o período de pandemia. O enfrentamento da crise gerou situação de calamidade pública reconhecida nos decretos municipais 20.534/2020 e 20540/2020. Não coloco em dúvida que o risco que a pandemia do coronavírus criou para a vida e para a saúde da população exige medidas urgentes e drásticas, inclusive limitando a atividade comercial. Essas medidas estão previstas nos decretos referidos.

Nenhum dos decretos mencionados autoriza expressamente o funcionamento de restaurantes no interior de shopping centers. Muito antes o contrário, a leitura do artigo 13 do Decreto Municipal nº 20.534/2020 determinou o não funcionamento dos shopping centers,

excepcionando alguns serviços considerados essenciais pela autoridade municipal, dentre os quais não está a autora, do ramo de restaurante. O funcionamento dos restaurantes estaria limitado ao sistema de tele-entrega (*delivery*) e pegue e leve (*take away*), conforme o par. 2º, do art. 11 do mesmo decreto, com o que, na conjugação dos dois dispositivos, seria possível concluir (como fez o notificante do impedimento do desempenho da atividade), que o funcionamento dos restaurantes só pode ocorrer fora dos shoppings e no formato de tele-entrega (*delivery*) e pegue e leve (*take away*).

Ocorre que o sentido dos regulamentos municipais deve ser alcançado à luz da constituição. Se a autoridade municipal permitiu o funcionamento de outros restaurantes no serviços de pegue e leve (*take away*) e tele-entrega (*delivery*) há de ser verificada a possibilidade de estender os mesmos serviços para os restaurantes situados no interior dos shopping centers. Se algum desses serviços não for aumentar o risco de incremento da pandemia, quando realizado dentro do shopping, deverá ser estendido aos restaurantes dos shopping centers, em respeito ao princípio isonômico e da livre concorrência. De modo que o serviço de tele-entrega (*delivery*), por não ter qualquer elemento diferencial em relação ao que é prestado externamente aos shopping centers, por normatização constitucional contextual, deve ser permitido para a autora.

Volto a repetir que a prioridade constitucional, nesse período de crise, é a de proteção à vida e à saúde dos brasileiros. Então, o desempenho das atividades comerciais, em caráter excepcional, em face da calamidade pública, deve observância à não afetação dos direitos constitucionais fundamentais da vida e saúde. O regramento municipal é no sentido de evitar qualquer possibilidade de idas não imprescindíveis e de circulação e aumento de pessoas nos shopping centers, bem como a necessidade de mais funcionários do shopping para regular o recebimento dos consumidores. Então, a limitação do desempenho do serviço de pegue e leve (*take away*) faz prevalecer a segurança à saúde e à vida em detrimento do interesse comercial da autora, atendendo a regra do art. 13 do Decreto Municipal nº 20.534/2020.

Os requisitos para a concessão da tutela provisória de urgência estão previstos no art. 300, do CPC. São eles a probabilidade do direito e o perigo de dano. Pelo que dito acima está a demonstração do primeiro desses requisitos.

O segundo requisito, o perigo de dano, também está presente. A interpretação constitucionalmente inadequada que impediu o serviço de tele-entrega (*delivery*) é geradora de prejuízos financeiros presentes e futuros, danos potencialmente irreparáveis para a empresa autora.

Ante o exposto, DEFIRO PARCIALMENTE A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA para autorizar a reabertura da empresa autora (LOJA 2093-A "CHAMPANHARIA NATALICIO") tão somente para operações sob sistema de tele-entrega (*delivery*), sem prejuízo de alteração para regime mais benéfico ou mais rigoroso, inclusive com vedação de serviço, com a edição de novos decretos.

Na hipótese de descumprimento pelos réus, informe-se para fins de fixação de astreintes.

Defiro a gratuidade judiciária.

Citem-se e intmem-se, com urgência."

3. A RELAÇÃO DA FILOSOFIA COM O DIREITO

A filosofia, a hermenêutica filosófica, está em nível anterior diverso do direito, com campos de estudo e atuação distintos. Há um duplo nível da fenomenologia, um anterior, estrutural, que é filosófico e um segundo apofântico, ornamental, de estruturas lógicas procedimentais e/ou argumentativas (STRECK, 2008, p. 132). Enquanto a primeira tematiza o campo do ser, pressuposto de todo conhecimento e de toda ciência, o segundo trata do ente, pressupondo a linguagem, mas utilizando o método para o aprofundamento de questões específicas, em uma práxis determinada (OLIVEIRA, 1996, p. 216). Enquanto a filosofia concentra seus esforços nos problemas da solução, as ciências buscam a solução dos problemas (STEIN, 2004, p. 135-136).

A autonomia de objetos não faz com que o direito seja indiferente à hermenêutica filosófica quando é acrescido o pressuposto comum empírico (STEIN, 2002, p. 100). A hermenêutica, na sua fusão de horizontes e condição de possibilidade compreensiva do ser (ser-ai), é pressuposto do saber científico, inclusive jurídico, com o que é capaz de exercer o papel de “guardiã” do conhecimento das ciências e do direito. É, então, proposto um Direito mais filosófico, onde toda produção jurídica deve respeitar a anterioridade epistemológica hermenêutica (STEIN, 2004, p. 126), em detrimento de arquétipos anteriores (STEIN, 2002, p. 104), memento do falso modelo jurídico da ilustração, baseado em princípios fixos e imutáveis, imunes ao tempo e à história (HOMMERDING, 2007, p. 42-43). A filosofia guardiã desempenha uma função cooperativa de aperfeiçoamento, na medida em que é apta a trazer o mundo vivido para dentro do Direito (HABERMAS, 1989, p.18), proporcionando a necessária desobstrução para o encontro da produção jurídica com os dados sensíveis, com o *sense data* (STEIN, Ernildo, 2002, p. 112). O direito, desse modo, não pode ser imune à filosofia.

Os paradigmas filosóficos anteriores ao giro linguístico-ontológico, concebiam a linguagem como expressão da efetivação de uma essência ideal, quando é acesso à compreensão, acepção de mundo (GADAMER, 1999, p. 642) e exteriorização da razão (OLIVEIRA, 1996, p. 202-203). A teoria do conhecimento guiada pela metafísica relação sujeito-objeto², respalda a entificação do ser, conduzindo a um processo interpretativo guiado predominantemente pela objetividade do texto ou subjetividade do intérprete (STRECK, 2008, p. 128-129), ignorando a diferença ontológica, por baseada em uma diferença entre subjetividade e objetividade transcendental, o que era impeditivo da cooperação da filosofia, da filtragem filosófica do direito (STEIN, 2002, p. 100). O direito, na visão criticada, constituía-se em um saber operacional que ignorava a anteposição filosófica (STRECK, 2009b, p. 67), com o que edificava uma filosofia própria para o direito (STEIN, 2004, p. 137) incapaz de trazer os mesmos vetores racionais da hermenêutica filosófica.

A hermenêutica filosófica, ao movimentar-se em plano distinto do direito, com sua fenomenologia do conhecimento (STRECK, 2008, p. 156-167), possui capacidade transcendental ordenatória da base científica de correção do discurso científico (STEIN, 2004, p.127). Essa transcendência da filosofia (STEIN, 2004, p.149) é capaz de fazer “sangrar conceitos ple-nipotenciários do Direito” (STRECK, 2009b, p. 67). Isso não importa, todavia, na imposição

2 Onde a linguisticidade é sempre anterior a qualquer compreensão, impedindo que os sentidos possam ser alcançados independentemente do ser, como na premissa da objetivação do mundo, configuradora da relação sujeito-objeto”. (GADAMER, 1999, p. p. 653).

filosófica de respostas para os problemas jurídicos, não há cooptação do objeto do direito, na medida em que a transcendência hermenêutica filosófica não é englobante de todas as formas de saber (STEIN, 2004, p. 130-139). No entanto, a tarefa não é simples, exigindo a capacidade de leitura de ambos os discursos, de modo a impedir a transposição equivocada de fala (STEIN, 2004, p. 127-128).

É reconhecida a autonomia do direito em face da hermenêutica filosófica. O Direito não pertence à hermenêutica filosófica, da mesma forma que a hermenêutica não pertence ao Direito. Nenhuma das duas pode evocar o objetivo de desvendamento de todos os saberes humanos. A interpretação é imanente ao ser na sua experiência de mundo e, a partir disso, é que surge a possibilidade da experiência científica. Incindíveis são a experiência ontológica e científica, sendo, a primeira, condição de possibilidade da segunda, denunciadora dos planos distintos em que transitam (STEIN, 2002, p. 102). É admissível, dessa maneira, que cada um dos saberes desenvolva critérios próprios, intrínsecos, de comprovação e refutação de seus enunciados (STEIN, 2004, p. 139), porém com a capacidade de diálogo exposta. Antes de ser prejudicial, a hermenêutica filosófica é capaz de reforçar o discurso jurídico, em face da libertação dos paradigmas filosóficos anteriores (STRECK, 2008, p. 133).

A ausência de pontos de contato entre filosofia e direito, a carência da transcendência, foi produtora de um direito ora metafisicamente objetivista, ora subjetivista (STRECK, 2009b, p. 67). No artigo e na decisão analisada é proposta a ultrapassagem dessa problemática com a adoção de uma perspectiva de Constituição viva e sentida (VERDÚ, 2004, p. 7-8) hermenêuticamente no *dasein* (VÉLEZ, 2006, p. 40), em um ser não encapsulado (HEIDEGGER, 2009, p. 128), onde a produção e limitação de sentidos decorre da tradição e da realidade histórica (GADAMER, 1999, p. 415-416). Inadmissível, portanto, sentidos objetivados, unívocos, que são independentes do sujeito ou verdades arbitrárias, exclusivamente subjetivas. Os sentidos derivam do advento linguístico, considerando o homem em sua contextualidade histórica e temporal, no *dasein*. O tempo, a historicidade, são limitadores de sentidos do ser, justificando a conhecida expressão gadameriana de que o homem é “filho do seu tempo” (GADAMER, 1999, p. 577), tornando inevitável o reconhecimento da finitude do ser-homem, da consciência histórica (GADAMER, 1999, p. 444).

Na decisão é assumido o pressuposto de níveis diversos do jurídico e do hermenêutico filosófico. Não há resposta pré-dada, mas uma construção constitucional amoldada ao caso concreto. De modo que, não há na solução judicial nem a objetividade da aplicação das regras legais e nem uma aplicação solipsista, mas limitada temporalmente e contextualmente, baseada na Constituição, capaz de inserir por meio do intérprete, sem resvalar para o arbítrio, o delineamento necessário do interesse social e democrático no direito.

4. A ABERTURA LINGUÍSTICA E OS MÉTODOS INTERPRETATIVOS

A interpretação como instrumento para alcançar sentidos imanentes ao texto legal tem íntima vinculação com o postulado platônico ou neoplatônico de correspondência de nome e essência (CASSIER, 1992, p. 17). No entanto, esse liame e a universalidade de sentidos

decorrentes são metafísicos, pressupondo um mundo ideal acessível aos homens e/ou uma transposição de vivências e pré-compreensões. Inexiste universalidade de sentidos, uma interpretação nunca é igual a outra, ainda que o objeto da interpretação seja o mesmo (HEIDEGGER, 2009, p. 94). O giro-linguístico importou no "apalavramento" do mundo (VÉLEZ, 2006, p. 40), transformadora da própria condição humana (ZEA, 2010, p. 9). Não que o mundo e as coisas não subsistam sem o homem (HEIDEGGER, 2009, p. 77 e GADAMER, 1999, p. 649), mas que as significações estão na existência do homem, no *dasein*, consistindo em apreensões da coisa que nunca serão a coisa em si, mas que consistem no limite de mundo do homem (HEIDEGGER, 2009, p. 75). Os sentidos de mundo, qualquer um deles, advém ao ser pela linguagem, com o que os sentidos não estão no ente, mas no ser, todavia não como propriedade do indivíduo, na sua singularidade, pois o *dasein* é um desvelamento compartilhado (HEIDEGGER, 2009, p. 127). O compartilhamento permissor da capacidade comunicativa exige um colocar-se de acordo sobre a coisa (GADAMER, 1999, p. 559-560), porém sem respaldar o sonho objetivista de equivalência de palavras e coisas, mas aceitando um vínculo interno entre palavra e coisa (GADAMER, 1999, p. 587).

Na compreensão do texto, especificamente, não pode ser diferente. O segundo Wittgenstein abandona o rigorismo da convencionalidade de sentidos para equiparar o apalavramento das coisas ao ato de etiquetar uma coisa (WITTGENSTEIN, 1994, p. 32), posto que as convenções linguísticas são incapazes de trazer a realidade (OLIVEIRA, 1996, p. 128). O colocar-se de acordo com o texto permissor da sua compreensão, pressupondo essa convencionalidade comunicativa, ampara inevitáveis ambiguidades, porquanto há apenas semelhanças e aproximações, onde o uso das palavras não encontra fronteiras, o que, por outro lado, não implica em ausência de significado (OLIVEIRA, 1996, p. 130), já que as semelhanças e parentescos no *dasein* são impeditivas do arbítrio de sentidos (OLIVEIRA, 1996, p. 131). A filtragem hermenêutica de sentidos arbitrários é impeditiva da ausência de significados, inviabilizadora da comunicação, do colocar-se de acordo. A hermenêutica filosófica desvela tanto a inapropriação de mundo pela linguagem, autorizativa do arbítrio de sentidos pelo intérprete, quanto a objetivação de mundo, com sentidos advindos exclusivamente do texto, independentes do ser contextual e histórico (GADAMER, 1999, p. 653).

A interpretação como método está inserida na crítica da objetivação e da subjetivação referidas, contrapostas pela linguagem que introduz o ser no mundo (OLIVEIRA, 1996, p. 127), pela hermenêutica como existencial do ser histórico, como experiência de mundo (VATTIMO, 1987, p. 155), local em que interpretar é compreender (GADAMER, 1999, p. 566) e aplicar é a expressão sensível do pensamento (OLIVEIRA, 1996, p. 107), fazendo ruir a separação positivista de compreensão, interpretação e aplicação para ser desvelada a sua unidade (GADAMER, 1999, p. 460). Há negação do caráter instrumental da interpretação, com a viragem linguística, quando a linguagem é condição de possibilidade da compreensão (OLIVEIRA, 1996, p. 128). A linguagem, a interpretação e a compreensão são vetores que mais proximamente esclarecem a metafísica da objetivação e engessamento de sentidos, enquanto que a racionalidade da aplicação adquire especial relevo no controle da subjetividade solipsista, vedando seu relativismo (STRECK, 2015, p. 99).

O positivismo jurídico concebe sentidos pré-dados no texto legal, pressupondo sentidos independentes do ser (STRECK, 2008, p. 128). O jurista utiliza o instrumento técnico da interpretação e, se o método for adequado, com a compreensão e aplicação corretas,

atinge resultados objetivos e universais (STRECK, 2009b, p. 67-68). A linguagem era metafisicamente apartada do conhecimento, da interpretação, estruturando a relação linguagem-objeto, com a possibilidade inclusive de supressão da linguagem para a compreensão, como na premissa platônica mencionada (BARTHES, 1987, p. 20). A metafísica é revelada por Gadamer (1999, p. 566) quando reconhece a universalidade da linguagem, constituindo-se em condição do ser, sem a qual não há interpretação, não há compreensão, não há acesso ao mundo. A objetivação positivista na adjudicação de sentidos é superada pelo processo linguístico de compreensão e interpretação, pois a "linguagem é o médium universal em que se realiza a própria compreensão. A forma de realização da compreensão é a interpretação (GADAMER, 1999, p. 566). De modo que, o objeto (o seu sentido) só o é ou pode chegar a ser pela linguagem, interpretação e compreensão (GADAMER, 1999, p. 588-589), no "ser-sentido-linguagem" (VÉLEZ, 2006, p. 40).

Em outro momento, o direito submeteu-se à filosofia da consciência onde o sujeito é superdimensionado, alcançando uma posição centralizadora de domínio intelectual, o que lhe permite assumir um relativismo em relação às coisas e assujeitar os sentidos (STRECK, 2014, p. 54). Foi dito que no processo unitário interpretativo, a aplicação impõe a contextualidade fática do ser, resultando na tradição hermenêutica filosófica, na historicidade, impeditivas da escolha de sentidos do ser, apoio no qual o ser desenvolve sua verdade e sua liberdade (OLIVEIRA, 1996, p. 220). Em assim sendo, as significações decorrem da janela linguística, do círculo hermenêutico, amalgamadas à tradição. A produção de sentidos decorre da consciência histórico-efetiva. Na leitura do texto, inclusive o jurídico, os pressupostos mencionados são responsáveis pelo novo sentido do escrito, distante da objetivação (STRECK, 2009a, p. 222) e da subjetivação, pautando os sentidos em seu caráter construtivista histórico (STRECK, 2009a, p. 215). Há um esforço exigível do intérprete para o desvelamento de qualquer fenômeno (HEIDEGGER, 2009, p. 73), não para alcançar o sentido objetivado, mas para não ser conduzido pela subjetivação, para não permitir respostas apartadas da história e da temporalidade, desencarnadas de um caso concreto histórico, cultural e determinado (VÉLEZ, 2006, p. 49). Há uma correspondência entre a subjetividade e a objetividade na linguagem, no seu recíproco pertencimento, não permitindo que a experiência aconteça de qualquer forma diversa (OLIVEIRA, 1996, p. 247).

A filosofia da consciência no direito ignora os postulados hermenêuticos filosóficos referidos. Inviável é o reconhecimento de um saber dominador do jurista intérprete, de uma capacidade de apropriação e apoderamento do escrito posto, inclusive do legal. Muito diferente disso, há uma submissão do jurista intérprete à pretensão dominante do texto (GADAMER, 1999, p. 464). O decisionismo antidemocrático, onde as soluções jurídicas obedecem critérios exclusivamente subjetivos do órgão julgador (ENGELMANN, 2001, p. 71), muitas vezes, especialmente na contemporaneidade, encontram na aplicação dos princípios sua válvula de escape, seu manto de encobrimento. Esse tipo de "aplicação" principiológica resulta em uma incontornabilidade e inaceitabilidade (ENGELMANN, 2001, p. 167-168), quando, na perspectiva do artigo, o direito e a constituição é que devem ditar o limite democrático da atuação judicial (STRECK, 2015, p. 107-108).

5. A NORMATIZAÇÃO CONSTITUCIONAL NO CASO ESTUDADO

O caso concreto parte da premissa da hierarquia constitucional (LEAL, 2006, p.1565) e do fortalecimento da Constituição (HOMMERDING, 2007, p. 27). A perspectiva constitucional em estudo não traz uma supervalorização do texto legal, equiparando lei e direito, tendo o legislador como único legítimo produtor do direito (GROSSI, 2003, p. 64) e o juiz como mero boca da lei. Há a fuga de uma aposta kantiana em um legislador que tudo pode, por ser supostamente a representação da vontade do povo (BODENHEIMER, 1966, p. 80-81). É o Judiciário que ganha destaque na concretização constitucional do caso concreto (HÖFFE, 2003, p. 69-70). Não em um subjetivismo exacerbado e incontrolável (STRECK, 2014, p. 53), mas em limites contextuais e temporais, hostilizando, hermeneuticamente, tanto a objetividade paralisante quanto a subjetividade arbitrária.

A objetividade da lei fez surgir a crença na subsunção, onde o grande objetivo do direito deveria estar centrado na clareza da lei, para a “aplicação literal”, trazendo como consequência a estagnação, a incapacidade de amoldamento às variáveis do mundo da vida, criando injustiças (GARCÍA-HUIDOBRO, 2002, p. 106-107). Aliás, a subsunção e o método interpretativo são duas faces da mesma moeda, da moeda da objetivação de sentidos (STRECK, 2009a, p. 310). A objetivação de sentidos é geradora de dogmas inquebrantáveis, onde o intérprete, consciente ou inconscientemente, ao procurar a voz (o sentido) da lei, acaba escutando unicamente a sua própria voz (TODOROV, 1991, p. 149), fazendo reverberar o eco da fala autorizada (AROCA, 1999, p. 16). Há nesse *habitus* jurídico uma crença no alcance de sentidos de forma acontextual (DWORKIN, 2009, p. 23), para a qual deve ser lembrada a crítica da entificação da linguagem, que redundava na falta de percepção da diferença ontológica (STEIN, 2002, p. 100). O engessamento do direito, diante dos predicativos criticados, torna-se inevitável, obstando o fim constitucional e democrático do direito.

O estudo traz a percepção de que não é admissível a mera reprodução mecânica do direito, como ocorreria na atividade subsuntiva, pois toda interpretação é produtiva. Inapropriada, portanto, a classificação positivista de aplicação por subsunção para normas expressas e, na ausência dessas, a situação excepcional de integração e/ou produção do direito (GUASTINI, 2005, p. 43). A aposta na objetividade e na aplicação subsuntiva da lei para produzir os sentidos aplicáveis no caso concreto, com tolerância para a razão prática nos casos sem previsão legal, redundou em uma produção epistemológica consciente de sua incapacidade para abarcar todos os fatos da vida, provocando uma rachadura no direito com a admissão do alvitre judicial (STRECK, 2015, p. 107-108).

Indispensável a subjetividade na adjudicação de sentidos, porém não de forma incontrolável, como no arbítrio judicial. O giro linguístico-hermenêutico reivindica o ser para a obtenção de sentidos, portanto, forçoso que ocorra no direito, na atividade jurisdicional, a construção da norma, com atenção para a diferença ontológica, para o descortinamento fenomenológico, em uma harmonia constitucional e democrática (VERDÚ, 2004, p. 6-7), no plano apofântico do direito. O direito não fica refém nem do imobilismo positivista-legalista e nem da razão prática, havendo uma mobilidade limitável, apta a atender a mutabilidade da sociedade, os seus cambiantes contornos sociais (VILLEY, 2007, p. 51-52), (exclui) em um piso de progressividade racional, inclusive, quando necessária, de natureza contramajoritária

para atender ao fim democrático (BODENHEIMER, 1966, p. 71), sem apostar em uma superioridade moral e intelectual subjetiva (HÖFFE, 2005, p. 127).

As especificidades locais ficaram bem evidentes com a pandemia, a exigir a normatização constitucional não engessada, atenta para as mesmas, trilhando o caminho da concretização constitucional, da constituição real (HESSE, 1991, p. 9-21). A observância das peculiaridades, como ocorreu na decisão em estudo, demonstram a mobilidade constitucional desejada do direito, apta a evitar injustiças, consistentes no descolamento do fático e do social. A desejada capacidade de acompanhamento do fático, por outro lado, (modifiquei) não podem ir além dos limites jurídico e constitucionais. Então, é indubitável que a atividade jurisdicional é de construção subjetiva da norma, dentro dos padrões constitucionais, considerando as diferenças essenciais de cada situação fática posta em análise no processo (STRECK, 2009b, p. 76).

Na decisão em estudo é possível perceber que a normatização ocorreu respeitando o texto legal, indo diretamente nos dispositivos textuais municipais, permitindo que ele dissesse algo, distante de opiniões prévias de sentidos, buscando a sua legitimação (GADAMER, 1999, p. 403) na presença de uma dialética constitucional. Nessa interação não foram ignorados os interesses constitucionais postos em jogo na facticidade temporal, diante da pandemia, na situação específica da controvérsia, sobre a possibilidade de ser permitida ou não a realização de atividades (tele-entrega e pegue-leve), no shopping, quando a determinação geral era de proibição de funcionamento de shopping e autorização das duas espécies de serviços nos demais restaurantes. A normatização constitucional e democrática, na conjuntura exposta, permitiu exclusivamente o funcionamento da tele-entrega para atender a isonomia constitucional e preservar o interesse social de controle da pandemia, envolvendo o direito à vida e à saúde. A atividade judicial, portanto, muito distante de tentar substituir a atividade do legislador ou do administrador público, de confiar em um ativismo judicial, trouxe a solução jurídica adequada na temporalidade constitucional (STRECK, TASSINARI, LEPPER, 2015, p. 52-62), considerando a incessante mutabilidade social (CHAUÍ, Marilena, 1983, p. 7), acentuada em tempos de pandemia, onde as peculiaridades regionais, mormente em face da eventual maior ou menor eficácia dos mecanismos de controle, são determinantes das limitações convenientes.

6. CONCLUSÃO

O artigo estudou a decisão judicial que determinou o funcionamento do serviço de tele-entrega de restaurante em shopping center. Foram considerados os regramentos municipais que não disciplinavam especificamente a situação enfrentada na decisão, não para uma aplicação por subsunção, mas sim para a normatização no caso concreto, em dialética constitucional envolvendo liberdade e igualdade do direito de comerciar com o risco à vida e à saúde da população, na presença da pandemia.

O giro-linguístico permitiu o reconhecimento de uma condição anterior hermenêutica filosófica, com capacidade transcendental ordenatória, apta a contribuir para o aperfeiçoamento do direito, permitindo a reconexão fenomênica, especialmente no caso do artigo,

trazendo a relevância do tempo e da história na construção do jurídico, sem recorrer à razão prática. Essa interação pressupõe a autonomia de filosofia e direito, com objetos distintos, mas com a possibilidade de adjudicação de saberes, em razão do compartilhamento do mundo vivido. É abandonada, portanto, a perspectiva da incomunicabilidade de filosofia e direito, bem como a de setorização da filosofia, como na admissão da filosofia do direito.

Há na normatização constitucional no caso concreto sugerida no escrito uma elevação do papel constitucional, não mais apenas como texto escrito, mas sobretudo viva na sociedade, nos cidadãos. A viragem linguística traz o despertar do sonho positivista de encapsulamento de sentidos nas linhas do texto legal, em face do adjudicamento de sentidos da inafastabilidade linguística, do *dasein*. Nisso está a indispensabilidade do ser para a obtenção de sentidos, porém em um fechamento para o arbítrio, decorrente da tradição e historicidade, da temporalidade do homem e da consciência histórica, que permite, ao Judiciário, o desempenho do papel de guardião da Constituição e da democracia na contemporaneidade.

A interpretação não é um método para alcançar sentidos universais. Não há equivalência entre palavras e coisas. O círculo hermenêutico mostra que uma interpretação nunca é igual a outra, ainda que haja identidade de objeto interpretado. As apreensões além de serem sempre diversas também nunca serão a coisa em si, defronte da intermediação linguística, em que o mundo advém ao ser pela linguagem. Situação que não autoriza o ser apropriar-se do mundo, na medida em que é ser no mundo, ser com outros, a exigir um compartilhamento de sentidos, permissor, inclusive, da capacidade comunicativa do homem.

As convenções linguísticas da comunicação textual, com relevância para o jurídico, são incapazes de restaurar a correspondência platônica de objeto, de mundo. O intérprete deve cumprir a tarefa de colocar-se de acordo, em que pese lide apenas com semelhanças e aproximações dessas convenções linguísticas, com inevitáveis imprecisões. O avizinhamo de sentidos e o *dasein* permitem a completude significativa textual no ser. No plano jurídico, é exigível o esforço dialético epistemológico das regras infraconstitucionais e constitucionais para o desentramo hermenêutico, apto a conectar a decisão contextualizada ao objetivo democrático, tendo a interpretação, a compreensão e a aplicação como evento único.

A supremacia constitucional defendida coloca em destaque a atuação judicial na sua concretização, sem aderir a um subjetivismo abusivo. A Constituição deixa de ser mero texto legislativo para ser norma em situações vividas. Deixa para trás a crença jurídica na subsunção, nos métodos interpretativos e na razão prática, permitindo um conteúdo substancial constitucional transformador da realidade, racionalmente progressivo, em face de eventuais situações de perversidade na manutenção do *status quo*. De modo que o direito escapa do aprisionamento legalista e da insegurança judicial solipsista. No estudo e na decisão em comento são assumidos, no *dasein*, uma mobilidade, indispensável, notadamente para o momento de agravamento de crises sociais decorrentes da pandemia do coronavírus, ao mesmo tempo em que são estabelecidas barreiras consistentes no respeito de construções jurídicas legítimas, mormente do texto legal, mas sem perder a capacidade de persecução dos fins progressivos racionais democráticos.

REFERÊNCIAS

- AROCA, Juan Montero. *Introducción al Derecho Jurisdiccional peruano*. Lima: Enmarce, 1999.
- BARTHES, Roland. *El susurro de lenguaje más allá de la palabra y de la escritura*. 1ª ed., Barcelona – Buenos Aires– México: Paidós, 1987.
- BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do Direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da Democracia Participativa*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CASALINI, Brunella. Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006.
- CASSIER, Ernst. *Linguagem e mito*. São Paulo: Editora Perspectiva. 3ª edição, 1992.
- CHAUÍ, Marilena. *A invenção democrática*. In LEFORT, Claude. Trad. De Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao Positivismo Jurídico*. Princípios, Regras e o Conceito de Direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 167.
- FERRAJOLI, Luigi. Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito*. História, Teoria, Crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. 1. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2ª ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín. *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- GROSSI, Paolo. Título original: *Mitologie giuridiche della modernità*. Madri: Editorial Trota. Giuffrè Editore. Manuel Martínez Neira, 2003.
- GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. Estudos de Teoria Política. Tradução: George Sperber e Paulo Astor Soethe Edições Loyola, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. Jürgen Habermas fala a Tempo Brasileiro. In: *Revista Tempo Brasileiro*. Vol. 5, nº 21. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, ed. trimestral, 1989.
- HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HESSE, Konrad. In: *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- HÖFFE, Otfried. *O que é Justiça?* Tradução: Peter Naumann. Coleção: Filosofia – 155. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- JESSUA, Claude. *Capitalismo*, Coleção L&PM Encyclopaedia. Tradução: William Lagos. 2013.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Sociais e políticas Públicas: Desafios Contemporâneos*. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006.
- MARMOR, Andrei. *Interpretation and legal Theory*. 2nd ed. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005.

- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996.
- RUFFLA, Paolo Biscaretti. *Democracia*. Enciclopédia Del Diritto. Guffià editore, 1960.
- STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia: Limites de um paradigma*. Parte III Ijuí: Unijuí, 2004.
- STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a Diferença*. Filosofia e conhecimento empírico. Ijuí: Editora Unijuí, 2002.
- STEINER, George. *Pasión intacta*. Santafé de Bogotá: Ediciones Siruela, 1997.
- STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a "Letra da Lei" é uma atitude positivista? *Novos Estudos jurídicos. Revista Novos Estudos Jurídicos*. V.15, n.1, 2010. Disponível em: www.univali.br/periódicos, p. 158/173.
- STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Possibilidades Críticas do Direito: Ensaio sobre a cegueira positivista. *Revista Faculdade de Direito UFMG*. Belo Horizonte, nº 52, jan/jun., 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009a.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Janeiro-Junho, 2009b.
- STRECK, Lenio Luiz; Tassinari, Clarissa; Lepper, Adriano Obach. *In: O problema do ativismo judicial: Uma análise do caso MS3326*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Volume 5, Número Especial, 2015.
- TODOROV, Tzvetan. *Crítica de la Crítica*. 1ª ed., Traducción de José Sánchez Lecuna. Barcelona, Buenos Aires, México: Ediciones Paidós, 1991.
- VATTIMO, Gianni. *El fin de la Modernidad*. Nihilismo y hermenêutica en la cultura posmoderna. 2ª ed., Colección Hombre Y Sociedad. Serie Mediaciones. Traducción: Alberto L. Bixio. Barcelona: Editorial Gedisa S. A., 1987.
- VÉLEZ, Julio César Barrera. *Hermenêutica analógica: paradigma del pensar latinoamericano*. Contextos de la hermenêutica analógica. 1ª ed. Ricardo Blanco Beledo (Compilador). México: Editorial Torres Asociados, 2006.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.
- VILLEY, Michel. *O Direito e os Direitos Humanos*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Petrópolis: vozes, 1994.
- ZEA, Leopoldo. *La Filosofía americana como Filosofía sin más*. Novena reimpressão. México: Siglo Veintiuno Editores, 2010.

Recebido/Received: 26.05.2020.

Aprovado/Approved: 12.06.2020.

REFORMA TRABALHISTA, EMPREGADO HIPERSUFICIENTE E PRECARIZAÇÃO

LABOUR LAW REFORM, HYPERSUFFICIENT
EMPLOYEE AND PRECARIZATION

CLÁUDIO JANNOTTI DA ROCHA¹
FRANCISCO MATHEUS ALVES E MELO²
VANESSA ROCHA FERREIRA³

RESUMO

Diante das mudanças da realidade do mercado de trabalho e da crise econômica de 2015, percebe-se o fortalecimento do discurso neoliberal. Nesse diapasão, cresce a pressão para flexibilizar a legislação trabalhista de modo a tornar o país market friendly e superar a recessão econômica e os altos índices de desocupação. Assim, aprova-se a reforma trabalhista em caráter de urgência, modificando diversas normas do sistema justralhista. Dentre as mudanças, destaca-se a incorporação de diversas modalidades empregatícias estratificadas, voltadas a precarizar a relação de emprego clássica (prestada por pessoa física, subordinada diretamente ao seu tomador, prestado dentro da sede da empresa, com direito à jornada de trabalho de oito horas diárias e 44 horas semanais). Sob o enfoque do empregado hipersuficiente e a precarização da relação empregatícia, o presente texto se propõe a analisar, por meio de um estudo teórico-normativo, os reflexos da modificação introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, pela Lei nº 13.467/17 - conhecida como Reforma Trabalhista – em face da Constituição, do Direito Comparado e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Reforma trabalhista. Empregado hipersuficiente. Precarização.

- 1 Doutor e Mestre em Direito pela PUC Minas. Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), no curso de Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito Processual (Mestrado). Coordenador do Grupo de Pesquisa: Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq) e Pesquisador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB-CNPq). Membro da Rede Nacional de Grupos de Pesquisa em Direito do Trabalho e Seguridade Social (RENAPEDTS) e da Rede de Grupo de Pesquisas em Direito e Processo do Trabalho (RETRABALHO). Autor de livros e artigos publicados no Brasil e no Exterior. Advogado. Pesquisador. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-2379-2488>. E-mail: claudiojannotti@hotmail.com.
- 2 Mestre em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Pós-graduado em Direito Material e Processual do Trabalho pela Faculdade Entre Rios. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará e graduando em Ciências Contábeis pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Foi bolsista de iniciação à pesquisa pelo CNPq sobre os temas de demonstrações contábeis, evidenciação e disclosure. Professor. Advogado. E-mail: matheus.melo.mestrado@gmail.com.
- 3 Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA/PA). Professora da Graduação e Pós-Graduação strictu sensu do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Coordenadora do Grupo de Pesquisa: Trabalho Decente (CESUPA-CNPq). Auditora do Tribunal de Contas do Estado do Pará (TCE/PA). ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-5997-3198>. E-mail: vanessarochaf@gmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

ROCHA, Cláudio Jannotti; MELO, Francisco Matheus Alves e; FERREIRA, Vanessa Rocha. *Reforma trabalhista, empregado hipersuficiente e precarização*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 2, p.168-184, Maio/Ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i2.7861>.

ABSTRACT

In face of the changes of the reality of labour's market and of the economic crisis of 2015, there's a strengthness of the neoliberal speech. In the meanwhile, the pressure to change the labour legislation arises in a sense that this will make Brazil overcome the economical recession and the high unemployment level's by turning it market friendly. So, a Labour Law reform is approved urgently, modifying many rules of the labour's juridical system. One of the changes was the incorporation of many stratified employee regimes, which objective was to precarious the classical employment contract (done by a person, subordinated to the direct employer, inside the company during a labour's journey of 8 hours per day and 44 hours by week). Under the focus of the hypersufficient employee and the precariousness of the employment relationship, this text proposes to analyze, through a theoretical-normative study, the reflexes of the modification introduced in the Brazilian legal system, by Law nº 13.467 / 17 - known as Labor Reform - in face of the Constitution, Comparative Law and International Human Rights Treaties.

Keywords: Labour Law Reform. Hypersufficient employee. Precarization.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil passa pela mais grave e duradoura crise econômica. Entre os seus reflexos, observam-se os altos índices de desemprego, baixos níveis de consumo, retração da produção e fechamento de empresas. Neste sentido, os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontam que antes das alterações da legislação trabalhista, o PIB de 2016 (IBGE, 2018) retraiu 3,6%, bem como 3,5% em 2015 (IBGE, 2017). Já a Formação Bruta de Capital Fixo (FBCF) indicou retração de investimentos em 10,2%. Além disso, a taxa de desocupação foi a maior da série histórica, atingindo 13,7% no primeiro trimestre de 2017, conforme dados divulgados pelo IBGE.

A recessão estabelecida desde 2015 foi provocada por uma combinação de fatores políticos e socioeconômicos. E, assim como os países europeus que enfrentaram medidas de austeridade pós-crise econômica de 2008, acarretou no fortalecimento do discurso neoliberal, acompanhado de medidas de austeridade, tal como a reforma trabalhista de 2017.

Em meio a avanços na doutrina e jurisprudência brasileira voltadas a promoção do trabalho digno, verifica-se a retomada de alegações voltadas à redução de direitos trabalhistas para tornar o país *Market Friendly*, de sorte a crescer a pressão para adotar medidas de austeridade, a exemplo de novas formas atípicas de contrato de trabalho. E assim, com a aprovação das Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017, a legislação trabalhista é alterada e o ordenamento jurídico brasileiro passa a prever novas modalidades empregatícias, cada vez mais distantes da relação de emprego subordinado por prazo indeterminado com uma jornada definida.

O objetivo do presente texto é revelar, por meio de um estudo teórico-normativo, os reflexos precarizantes da modificação introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, pela Lei nº 13.467/17, especificamente no que tange ao empregado hipersuficiente.

O presente artigo estrutura-se em cinco itens, sendo esta introdução o primeiro; seguido, respectivamente, por um em que se aborda o panorama da Reforma Trabalhista; posteriormente, o terceiro item apresenta as modalidades empregatícias estratificadas; o quarto item é destinado ao estudo do trabalhador hipersuficiente, e o quinto, e último item, discute a

necessidade de uma releitura do direito do trabalho, a partir dessa nova modalidade empregatícia, passando-se, então, para a conclusão do estudo.

2. A REFORMA TRABALHISTA E ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

Como elucidado na introdução, a situação socioeconômica nacional – provocada pelo agravamento da crise econômica de 2015 – propiciou uma reforma na legislação trabalhista. Além do mais, a questão econômica foi utilizada como subterfúgio para que houvesse um rápido processo legislativo de tramitação urgente (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017; SENADO FEDERAL, 2017), que culminou nas Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017 (COUTINHO, 2017).

Sob enfoque do processo legislativo da Lei nº 13.467/2017 (que foi responsável por uma reforma mais abrangente da legislação trabalhista), cabe ressaltar que ela teve início com o envio do Projeto de Lei nº 6.787/16 pelo governo Temer, em dezembro de 2016. Originalmente, continha a proposta de alterar apenas dez pontos acordados entre confederações patronais e centrais sindicais.

Ainda na Câmara dos Deputados, o mencionado Projeto foi ampliado para cerca de 100 alterações da legislação trabalhista, com a aprovação por 296 votos (com oposição de 177 deputados federais). Já no Senado Federal, foi nomeado como o Projeto de Lei Complementar (PLC) nº 38/17, o qual foi aprovado (por 50 votos a favor e 26 votos contra) sem qualquer alteração do texto encaminhado pela Câmara dos Deputados. E, por fim, o Presidente Michel Temer sancionou a Lei nº 13.467/2017, sem qualquer veto, em 13 de julho de 2017 (MARTINS FILHO, 2017, p. 59).

Ou seja, em apertada síntese, após o intervalo de aproximadamente de sete meses, mais de uma centena de mudanças foram promovidas no sistema justralhista. E, em face disso, seguindo a doutrina neoliberal, os motivos do PLC nº 6787/16 enaltecem que a reforma trabalhista seria o meio capaz de garantir a empregabilidade e o combate a informalidade, além de gerar segurança jurídica (BIAVASCHI, 2017).

Sob essa linha de pensamento, ainda se argumentou que a reforma trabalhista no Brasil estaria consoante o contexto de mudanças nas legislações trabalhistas europeias promovidas desde a primeira década do Século XXI. Assim, arguiu-se que tais reformas têm como traço em comum a *flexisecurity*⁴ (MARTINS FILHO, 2017, p. 55).

Em suma, trata-se de discurso afirmando que a redução de direitos trabalhistas é a solução dos males da crise econômica brasileira. Mas, tal discurso não pode prevalecer. Primeiro, cabe apontar que a legislação trabalhista não é capaz de modificar a realidade do mercado de trabalho por si só. Segundo, é notória a contradição entre o discurso neoliberal de modernização das normas trabalhistas e a realidade posta pela reforma trabalhista brasi-

4 *Flexisecurity* significa promoção da desregulamentação da relação de trabalho para prestigiar a negociação coletiva e, ao mesmo tempo, adoção de medidas de flexibilização da legislação, no intuito de prevalecer a vontade das partes, para que a proteção e segurança não dependa da rigidez da legislação.

leira, pois, na verdade, flexibilizou-se conquistas trabalhistas com fórmulas mirabolantes já testados (sem sucesso) em outros países (SANTOS, 2017, p. 249).

Assim, deve-se perceber, assim como leciona Viegas (2017, p. 74), que:

No âmbito jurídico, a reforma trabalhista tem dividido opiniões, alguns defendem que a Lei já nasce velha, em razão da falta de diálogo social necessário; outros afirmam que, apesar de ter como fundamento a modernização, o diploma legal utiliza fórmulas mirabolantes de flexibilizações trabalhistas já experimentadas em alguns países da Europa, contudo, não tiveram bons resultados; outros vão além, e apontam inconstitucionalidades e retrocesso nas conquistas trabalhistas

Por fim, cabe destacar que, após dois anos de vigência da Lei nº 13.467/17, os resultados esperados pelo discurso neoliberal não corresponderam à realidade. Pelo contrário, Lameiras *et al* (2019) constatou, apenas de ligeira melhora nos indicativos do Cadastro Geral de Emprego e Desemprego (CAGED) e da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) da taxa de desemprego no primeiro trimestre de 2019 (decréscimo de 04 p.p.); ainda persistem permanecem 22,7% dos domicílios sem renda; haja vista o aumento da taxa de ocupação ter ocorrido principalmente no mercado informal. Inclusive, a PNAD continua aponta que a taxa de desocupação variou menos de 1 p.p. do terceiro trimestre de 2017 (12,4%) para o terceiro trimestre de 2017 (11,6%)⁵.

Além disso, de acordo com DIEESE (2018), houve a redução do número de normas coletivas já perceptível em 2018, “redução em quase 50% das convenções no primeiro trimestre de 2018 em relação a igual período de 2017, em comparação a uma redução de quase 30% nos acordos, segundo os mesmos parâmetros de comparação”.

Da mesma forma, segundo as estatísticas de novas ações distribuídas perante a Justiça do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho (TST, 2019) apurou que houve redução de 2.013.241 reclamações trabalhistas em 2017 para 1.287.208 reclamações trabalhistas em 2018. Isto correspondeu a diminuição de 36% do número de reclamações trabalhistas. Todavia, em 2019 foram distribuídos 3.377.013 novos processos, demonstrando a retomada de reclamações trabalhistas.

Assim, constata-se apenas os efeitos deletérios da reforma trabalhista, pois houve redução da remuneração dos empregados; queda de contratos de trabalhos típicos e aumento das contratações estratificadas; aumento da informalidade; diminuição da atuação do movimento sindical; diminuição apenas momentânea do número de reclamações trabalhistas.

3. DAS MODALIDADES EMPREGATÍCIAS ESTRATIFICADAS

Na atualidade, a ascensão do capitalismo financeiro e as transformações da realidade do mercado de trabalho (concorrência no mercado global, reestruturação empresarial e 3ª Revolução Industrial) deram margem para que o pensamento sob forte viés econômico se

5 Os dados mencionados estão disponíveis no link: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?=&t=series-historicas&utm_source=landing&utm_medium=explica&utm_campaign=desemprego. Acesso em: 29 jul. 2020.

tornasse hegemônico. Em meio a esse cenário, a relação de emprego – muito embora seja atividade fundamental na constituição de relações sociais – passa a ser questionada (DELGADO, Mauricio, 2015, p. 111-113).

Nesse processo, ocorre a alteração da identidade dos trabalhadores como um grupo social, a ponto de reconfigurar as formas de trabalho. Sob tal lógica, surge uma doutrina voltada à erosão da relação de emprego típica (DELGADO, Gabriela, 2015, p. 161-162). Ou seja, passa a questionar a relação empregatícia estabelecida em um contrato de trabalho por tempo indeterminado sob a organização e direção de um único empregador bem definido (NASCIMENTO, 2017, p. 277-278).

E, seguindo esse movimento, a reforma trabalhista incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro várias relações laborais atípicas. Neste sentido, Nascimento (2017, p. 278) destaca que:

A Lei 13.467/2017, que traduziu no Brasil o que se chamou de reforma trabalhista, veio na esteira do movimento, sedutoramente denominado de flexibilização das relações de trabalho, movimento esse que tem privilegiado relações laborais atípicas, através da inserção no ordenamento jurídico de formas de emprego plásticas, que se amoldam aos interesses puramente econômicos, os mais diversos.

Portanto, o que se pode perceber é que a Lei nº 13.467/2017 almeja inverter a lógica do direito do trabalho, de modo a relativizar a proteção do trabalhador através da normatização de novas formas de trabalho e da legitimação de antigas fraudes trabalhistas (ROCHA, 2018, p. 51). Nesse diapasão, Coutinho defende que:

Continuará sendo o marco regulatório do capitalismo, um Direito Capitalista do Trabalho que nasceu da Revolução Industrial como pauta de modernização das condições de vida, resultado de lutas e resistência. Mas, agora, introduz um novo sistema, pois substitui o mito de fundação, de tutela e proteção do trabalhador hipossuficiente para a autonomia negocial privada individual e coletiva. Rechaça e realoca o Estado, abandonando o Bem-estar para acolher o Mínimo, agasalhando a ideologia neoliberal e abstraindo a necessidade de intervenção estatal no mercado, na economia. Substitui o projeto de uma sociedade salarial, isto é, uma universalização do assalariamento regulamentado como padrão para a economia por uma sociedade de trabalho fragmentado e precário, cuja perspectiva de renda pode ser substituída assistencialista (COUTINHO, 2017, p. 119).

Assim, pode-se falar que a erosão da relação de emprego típica ocasionada pela Reforma Trabalhista causou a “estratificação” desse tipo de relação. Delgado e Delgado ao tratar do assunto o descrevem como um fenômeno específico do trabalhador hipersuficiente. Acompanhe:

Conforme se percebe, a Lei da Reforma Trabalhista cria segmento estratificado no universo dos empregados das instituições e empresas empregadoras, a partir de dois dados fáticos que destaca: o fato de ser o empregado portador de diploma de nível superior; o fato de esse empregado perceber salário mensal igual ou maior do que duas vezes o limite máximo de benefícios do Regime Geral de Previdência Social (DELGADO; DELGADO, 2018, p. 171).

Desse modo, entende-se que, na verdade, esse processo de estratificação é um fenômeno mais amplo, não se limitando ao trabalhador hipersuficiente. Faz-se necessário levar

em consideração, como parâmetro, a relação de emprego tipicamente concebida pelas normas constitucionais e celetistas (prévias às Leis nº 13.429 e 13.467/2017).

Ou seja, com base no contrato de trabalho por prazo indeterminado, subordinado diretamente ao tomador de serviços, prestado dentro da sede da empresa, com direito à jornada de trabalho de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, pode-se dizer que o legislador reformador inseriu modalidades de contrato de emprego atípicas, ou melhor dizendo, estratificadas.

Nesse diapasão, identificam-se como modalidades de estratificação da relação de emprego adotadas pelas Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017: o empregado intermitente, o teletrabalhador, o hipersuficiente, o terceirizado na atividade-fim e o trabalho autônomo (combinado com o efeito da “pejotização”⁶). Porém, este estudo tem como objeto apenas a análise do empregado hipersuficiente, motivo pelo qual as demais modalidades de trabalho estratificada não são abordadas.

4. O TRABALHADOR HIPERSUFICIENTE

Como já abordado, o trabalhador hipersuficiente foi uma das figuras da estratificação da relação de emprego típica criada pela Lei nº 13.467/2017.

Nos termos do parágrafo único do art. 444 da CLT, há previsão para que essa modalidade específica de empregados possa negociar diretamente com o empregador matérias consideradas de irrenunciabilidade relativa, ou seja, aquelas previstas no art. 611-A da CLT, independentemente de auxílio ou representação sindical.

De acordo com Boucinhas Filho (2018, p. 129), o legislador reformador, por escolha política, em vez de criar uma lei específica garantindo menos direitos para os trabalhadores parassubordinados, ou altos executivos, fixou que os empregados portadores de diploma de nível superior e, concomitantemente, percebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) teriam maior autonomia para negociar seus direitos.

Nessa toada, defendem Delgado e Delgado (2018, p. 171-172) que o legislador - através do art. 444, parágrafo único, da CLT - teria inserido um dispositivo diametralmente oposto ao princípio da inalterabilidade contratual lesiva, previsto na cabeça do mesmo artigo. Assim, em uma redação confusa, marcada por remissões, o trabalhador hipersuficiente e o empregador teriam ampla liberdade para negociar individualmente os diversos temas multidimensionais passíveis de negociação coletiva (art. 611-A, da CLT).

Diante da falta de clareza da norma, argumenta-se que o empregado hipersuficiente teria sua subordinação relativizada, já que poderia impor a sua vontade na relação empregatícia⁷. Assim, alguns doutrinadores (RODRIGUES et. al., 2017, p. 159), ao analisar os debates

6 O termo “pejotização” refere-se a exigência do empregador ou na iniciativa do próprio empregado de dissimular o contrato de trabalho ao constituir uma pessoa jurídica, como se fora um contrato interempresarial.

7 Neste mesmo sentido, Bastos (2018, p. 173) defende que a proteção da norma acabava por desproteger os “altos empregados” ao impedi-lo de negociar tratativas diferenciais, já que não havia respaldo legal e o acordo fosse anulado perante a Justiça do Trabalho com adjacentes condenações.

sobre essa alteração normativa, apontam que os legisladores julgaram que o trabalhador com graduação em ensino superior e salário acima da média remuneratória da população (estima-se 2% dos empregados com vínculo formal) não poderia ser considerado vulnerável – passível de proteção do Estado ou tutela sindical

Corroborando com essa posição, Bastos (2018, p. 170) observa que se deve ter em mente que o Direito do Trabalho foi concebido com a finalidade de tutelar trabalhadores subordinados, mediando conflitos e negociações entre partes assimétricas. Nesse sentido, a jurista defende que as normas estabelecidas nos artigos 9º, 444, *caput*, e 468 da CLT – que não foram alternados pela reforma trabalhista –, ao serem interpretados de forma teleológica, deixam certo que existe uma liberdade contratual na seara laboral. Porém, tal autonomia está sujeita a normas de interesse e ordem pública de proteção do trabalhador (presentes na lei, normas coletivas ou decisões de autoridades competentes) e, portanto, se forem inobservadas as cláusulas pactuadas podem ser declaradas nulas.

Mas, para a supracitada autora, embora o arcabouço normativo trabalhista nasça contra o “imperialismo do contrato”, a legislação, por mais moderna que seja, não seria capaz de acompanhar as transformações dos modelos de prestação de serviços, já que é inerente à própria dinâmica das relações laborais a sua adaptabilidade às necessidades do mercado. Daí a necessidade de flexibilizar a norma através de contratos. Mas, diante da resistência dos tribunais trabalhistas em permitir a adaptação da legislação às peculiaridades do empregado, o legislador reformador adotou o famigerado “negociado sobre o legislado”, inclusive na seara individual (BASTOS, 2018, p. 170-171).

Sob essa perspectiva, a doutrinadora defende que a Lei nº 13.467/2017 trouxe uma quebra de paradigma ao estabelecer que “nem todo empregado será tido como hipossuficiente nem todo empregador será considerado parte dominante na relação de trabalho” (BASTOS, 2018, p. 171). Cabendo, a partir de então, ao intérprete ir além dos limites da lei e analisar inúmeras variáveis presentes nos pactos laborais – inclusive, o brocardo jurídico *pacta sunt servanda*, já que o contrato entre hipersuficiente e empregador fará lei entre as partes; além da boa-fé objetiva, da legalidade e da igualdade. Assim, em apertada síntese, Bastos entende que:

[...] cumpre ao trabalhador assumir o seu papel de negociador integrante desta relação e conhecedor do que está adotando como cláusula contratual, avocando a responsabilidade pelas suas escolhas e pela sua atuação junto ao contrato firmado com o empregador e arcando com as consequências decorrentes.

A partir do momento em que o Estado devolve ao cidadão a responsabilidade pelos seus atos, *in casu*, ao trabalhador, que, em tese, pode assumi-la, este cidadão/trabalhador evolui permitindo que esta seja alcançada às demais pessoas que não possuam as mesmas condições e oportunidades e que realmente dela necessitam (BASTOS, 2018, p. 173).

Entretanto, tal corrente de pensamento não deve prevalecer. Pois, em consonância com Padilha (2017), entende-se que a figura do hipersuficiente é uma tentativa de inverter a lógica do Direito do Trabalho – a proteção do trabalhador hipossuficiente, apelando apenas para o lado subjetivo do grau de conhecimento técnico do empregado. Olvida-se, porém, que a hipossuficiência decorre também da dependência econômica que o empregado possui, já

que ele precisa vender sua força de trabalho para subsistir. Nesse sentido, Padilha (2017, p. 126-127):

Nessa perspectiva, alguns defensores das teorias neoliberais pretendem afastar o “mito” da debilidade contratual do empregado e até mesmo pugnam pelo retorno à autonomia da vontade das partes, pois entendem que a evolução protetiva do ramo juslaboral decorrente desse “mito da incapacidade genética permanente do trabalhador” sucede “o reconhecimento dos excessos e dos defeitos perversos do objetivo protecionista, bem como a incerteza sobre a viabilidade econômica do sistema”, o que torna – para essa corrente de pensamento – clara a importância da ponderação dos custos trazidos pela proteção laboral exagerada.

(...)

[o] que se tem presenciado na situação econômica atual é que, cada vez mais, a força de pactuação das condições de trabalho está retornando para o lado do empregador. E parece que é precisamente o que desejam defensores dessas correntes de pensamento: o retorno à liberdade negocial das partes para assim possibilitar que o empregador opere em benefício de seu único e exclusivo interesse.

Coadunando com o posicionamento acima, Delgado e Delgado (2018, p. 172-173) esclarecem que não existe qualquer base empírica, teórica ou científica que sustente o critério adotado pelo legislador reformador. Logo, não se poderia desvincular a matriz lógica e sistêmica do direito do trabalho para àqueles trabalhadores que recebem acima de determinado valor. Permanece a vulnerabilidade e a hipossuficiência típica do contrato de trabalho (feito por adesão) na figura do trabalhador hipersuficiente e, por conseguinte, ele tem como no mesmo patamar de negociação do que o empregador.

Além do mais, evidencia Goulart (2018), o legislador fez uma opção por uma vertente patrimonialista, ignorando a qualidade essencial do bem contratado na relação de emprego do obreiro hipersuficiente, o trabalho humano. Todavia, a valorização do trabalho não pode ser encarada como mera filantropia, pois sem ela não há cidadania e desigualdades sociais se agravam. Logo, entende-se que “não pode haver regime jurídico diferenciado em virtude da escolaridade ou nível salarial, pois a opção política do legislador constituinte de 1988 é a dignidade humana, inerente a qualquer pessoa trabalhadora” (GOULART, 2018, p. 124).

Vale ainda mencionar a posição de Melhado (2017, p. 95), para quem a reforma trabalhista promove a “fetichização” da autonomia da vontade ao permitir a negociação nas relações individuais de trabalho de temas caros, tais como bancos de horas, intervalo intrajornada, sobreaviso, teletrabalho, trabalho intermitente, remuneração e até mesmo grau de insalubridade.

Assim, pode-se dizer que a Lei nº 13.467/2017 provoca a falsa impressão de que o trabalhador, se preencher os requisitos do parágrafo único do art. 444 da CLT, não seria mais hipossuficiente ou, ao menos, a teria mitigada. Portanto, surge, na verdade, a figura do “pseudossuficiente”, que tem a falsa compreensão da realidade. Olvida-se que existe precariedade da relação de emprego em todos os contratos de trabalho no Brasil – já que até hoje não se regulamentou o art. 7º, I, da Constituição, cuja vedação de dispensa arbitrária ou sem justa causa é vista como norma de eficácia limitada. Desse modo, acrescenta Melhado (2017, p. 96-97), não há falar em autonomia do trabalhador porque ele apenas aperfeiçoa um con-

trato de adesão com condições fixadas sem diálogo real pelo tomador de serviço, restando a opção de “aceitar” ou optar pelo desemprego.

Sob o mesmo viés, Boucinhas Filho (2018, p. 126-127) esclarece que a expressão “hipersuficiente” foi originalmente utilizada por Cesarino Júnior como uma das categorias utilizada no direito econômico para distinguir o poderio econômico de empresas relacionadas. Não havia qualquer aplicação com o Direito do Trabalho, já que a hipossuficiência absoluta decorre da necessidade de o trabalhador vender a sua força de trabalho para se manter, cabendo a divisão dos homens apenas em proprietários e não-proprietários.

Sob essa lógica, Melhado (2017, p. 97-98) questiona se uma educação universitária formal e uma remuneração mais elevada justificariam o tratamento diferenciado do aspecto da hipossuficiência típica da relação de trabalho. Esclarece que a sujeição do trabalho ao capital não decorre de contrato nem de déficit intelectual, mas de um fator estrutural intrínseco ao modo de produção capitalista: o excesso de oferta de mão de obra. Logo, o medo do desemprego é que torna o empregado hipossuficiente – inclusive o alto funcionário ou aquele que preenche os requisitos do art. 444, parágrafo único, da CLT porque tem medo de ter uma quebra brutal de seus rendimentos se for dispensado e tiver que receber seguro-desemprego com valores abaixo da sua renda habitual.

Inclusive, é oportuno destacar nesse ponto que Boucinhas Filho (2018) defende que o desgaste emocional e a angústia, que caracterizam a hipossuficiência, aumentariam proporcionalmente com a responsabilidade e remuneração do empregado. Acompanhe:

O temor de desemprego está umbilicalmente relacionado com a insegurança (...) Uma vez dispensado, o alto executivo enfrenta mais e maiores dificuldades do que os demais empregados para recolocação no mercado de trabalho. A uma porque não há tantas vagas de trabalho para altos executivos. A duas porque as notícias correm muito rapidamente no mundo corporativo e uma dispensa de um executivo em razão de maus resultados seguramente afetará negativamente a sua imagem no mercado, reduzindo suas possibilidades de contratação (BOUCINHAS FILHO, 2018, p. 127).

Outro ponto levantado por Melhado (2017, p. 98-99) que deve ser levado em consideração é a inconstitucionalidade do critério de diferenciação do trabalhador hipersuficiente pelo fato de ele possuir nível superior. Pois, de um lado, a sujeição *high tech* do meio de produção acabaria por igualar os trabalhadores sob o controle maquinário e robotizado e, de outra banda, a Constituição teria vedado a distinção entre trabalho manual, técnico ou intelectual (art. 7º, XXXII da CF).

Além do mais, observa-se uma falha na redação do dispositivo em análise que vale menção no trecho em que a norma dispõe que a negociação direta entre o trabalhador hipersuficiente e o empregador terá “mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos”. Diante da falta de precisão do termo, Melhado (2017, p.100) entende que o que está disposto na lei, independentemente da intenção do legislador, é que “essas cláusulas contratuais não têm e nem poderiam ter *preponderância sobre a lei*”.

Diante da amplitude dos direitos que passam a ser negociados por uma parte específica de trabalhadores, independentemente da categoria a qual pertençam, pode-se dizer, com respaldo na opinião de Goulart (2018, p. 120), que entre as alterações da CLT, “esta, sem

dúvida, talvez seja a mais emblemática porque atinge em cheio o núcleo da proteção social, traçando uma nova 'categoria' de trabalhador".

Inclusive, para Delgado e Delgado (2018, p. 174), a figura do trabalhador hipersuficiente trata-se de uma estratificação do trabalhador, de modo a ofender os objetivos constitucionais de "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (art. 3º, I), de "garantir o desenvolvimento nacional" (art. 3º, II) e de "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (art. 3º, III); além de atentar contra os princípios constitucionais da função social da propriedade, da busca do pleno emprego, da norma mais favorável e da vedação do retrocesso social.

Para Bastos (2018, p. 174-175), isso significa que o contrato firmado por escrito prevalecerá sobre as normas coletivas e a lei. Todavia, permanece o limite das normas constitucionais e daquelas previstas em tratados internacionais de direitos humanos, por possuírem status supralegal.

Assim, entende-se que a estratificação da relação de emprego clássica ocorre diante da possibilidade da negociação individual entre o empregado hipersuficiente e seu empregador prevalecer sobre a legislação trabalhista, tendo em vista que contraria princípios que regem não só o contrato de trabalho na seara laboral, como também contratos em geral no âmbito civilista.

Cabe salutar que o Direito Civil passou por um processo de repersonalização, de sorte que esse ramo da ciência jurídica é visto sob o viés civil-constitucional. Isso significa que a interpretação dos seus institutos deixa de ser patrimonialista e, a partir de então, teve como foco a valorização da dignidade humana (FACHIN, 2006, p. 39-46). E, uma dessas mudanças interpretativas ocorreu no tocante aos contratos (MORAES, 2010, p. 296).

Nesse diapasão, com a repersonalização do Direito Civil, os contratos na seara cível são analisados a partir da ponderação da liberdade contratual com os princípios do mínimo existencial, da boa-fé contratual e da função social da propriedade (TEODORO, 2016, p. 149). Situação, ainda mais latente, no âmbito trabalhista, em que prevalece, não apenas a busca pela dignidade humana, como também as normas, contratos e negociações individuais e coletivas devem ser interpretadas com base no princípio da proteção (ALVES, 2017).

Por conseguinte, se até nas normas contratuais em que as partes são iguais a autonomia das partes não é absoluta, defendemos que a liberdade contratual do hipersuficiente deve ser analisada além do "negociado sobre o legislado". No mesmo sentido, Alves (2017, p. 168) entende que, no atual estado do capitalismo, a liberdade do empregado, hipersuficiente ou não, não tem como garantida, diante de sua dependência econômica do emprego. Por conseguinte, a interpretação do art. 444, parágrafo único, da CLT devem ser interpretados conforme princípios e valores previstos na Constituição, de sorte a preservar as condições mínimas para a existência digna do trabalhador.

Assim, com a repersonalização do direito do trabalho, entendemos que a interpretação das cláusulas da negociação do hipersuficiente não devem atender apenas pela proteção do patamar civilizatório mínimo (incluídos os deveres fundamentais do contrato de trabalho – tendo em vista a eficácia horizontal dos direitos e deveres fundamentais), como também dos deveres anexos do contrato de trabalho.

Logo, qualquer pactuação realizada pelo hipersuficiente com fulcro no art. 444, parágrafo único, da CLT deve ser analisada à luz da boa-fé objetiva das partes, cabendo ainda o empregador cumprir seus deveres de esclarecimento dos efeitos da negociação; de segurança do empregado; além de assegurar a sua lealdade para com seus funcionários; e promover a cooperação pelo desenvolvimento humano dos seus trabalhadores (princípio da progressividade). Caso contrário, prevalecerá a esdrúxula situação em que o Direito Civil será mais protecionista ao prever a função social do contrato, enquanto, no Direito do Trabalho, a negociação individual do hipersuficiente agravar a sua hipossuficiência ao pactuar condições abaixo dos direitos trabalhistas fundamentais e, por conseguinte, estratificá-lo dos demais empregados.

Ainda nesse sentido, discordando da posição de Fincato e Felten (2018, p. 59), para quem não haveria abalo para o movimento sindical sob o argumento que os hiperssuficientes não representam 5% do mercado de trabalho, defendemos que a norma debatida é antisindical, haja vista que a estratificação do hipersuficiente pode causar prejuízo no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho ao criar uma alternativa individual e paralela a solução sindical para os demais trabalhadores da categoria. Pois, as entidades sindicais, que já se encontram debilitadas pela falta de representatividade e pela não obrigatoriedade da contribuição sindical, ainda terão sua categoria enfraquecida durante o movimento paredista ou de negociação coletiva, uma vez que a parcela dos hipersuficientes não terá mais interesse em negociar coletivamente ou entrar em greve, uma vez que podem repactuar seus contratos de trabalho individualmente.

É válido mencionar que, não obstante questionamentos do conteúdo feitos anteriormente, existem falhas na redação do art. 444, parágrafo único, da CLT, que dificultam a interpretação da norma. Neste sentido, o legislador não especificou se o parâmetro para o critério salarial deveria ser levado em conta o salário líquido ou bruto para apurar duas vezes o limite máximo dos benefícios do RGPS. Neste sentido, Bastos (2018, p. 174) defende que o critério deveria ser o salário líquido, com base na interpretação mais favorável ao empregado.

Por último, no tocante ao Direito Comparado, deve-se destacar a crítica de Melhado (2017, p. 98-99) para quem a política legislativa adotada pela reforma trabalhista destacando que, em outros países, a figura do alto empregado não se utiliza desses dois critérios previstos na Lei nº 13.467/2017, mas da análise do caso concreto de exercício de funções de direção e gestão, absorvendo o *alter ego* do próprio capital.

É válido ressaltar que a figura do alto diretor, na verdade, é vista no ordenamento jurídico espanhol como a pessoa que exerce poderes inerentes à titularidade jurídica da empresa sobre áreas funcionais de importância incontestável, agindo com autonomia e plena responsabilidade. Essa figura é regida pelo Decreto de *Alta Dirección* e afasta vários direitos previstos no *Estatuto de los Trabajadores* (ET). E não se confunde com os *directivos ordinarios o técnicos*, pois estes, embora ocupem postos elevados, com vários empregados sob seu comando, estão abaixo daquele e são regidos pelo ET (BOUCINHAS FILHO, 2018, p. 125-126).

Mas de toda forma, pelo viés internacional, Melhado (2017, p. 99-100) aduz que a figura do hipersuficiente destoa dos preceitos da Convenção nº 111 da OIT, a qual estabelece parâmetros gerais contra a discriminação em matéria de emprego e ocupação. Para ele, haveria ofensa à isonomia de oportunidades e tratamento ao distingui-lo dos demais trabalhadores em razão da sua formação escolar ou remuneração.

5. O HIPERSUFICIENTE E A NECESSIDADE DA RELEITURA DO DIREITO DO TRABALHO

Sobre as modificações supracitadas, Nascimento (2017, p. 291) evidencia que o desafio é encontrar o equilíbrio “na selva inóspita do capitalismo, a mediania aristotélica entre o abismo da precarização de direitos e o abismo do desemprego”. Cabe, portanto, questionar o cenário (im)posto pela reforma trabalhista. Assim, se de um lado é evidente a vantagem da adoção dessas medidas de flexibilização de entrada, já que a estratificação da relação de trabalho típica fornece um leque de opções que permitem a satisfação das necessidades transitórias empresariais e a adaptação da empresa às variações de mercado, sem o ônus da contratação por prazo indeterminado. Questiona-se, de outra banda, qual é o custo humano dessa flexibilização? Seria a criação de novos postos de trabalho, ou até mesmo a repartição dos existentes, através dessas novas formas plásticas de labor, justificativa suficiente para admitir condições precarizantes?

Delgado (2015, p. 27-29) aponta que o trabalho (mundo do ser) é um direito fundamental prévio ao Direito do Trabalho (mundo do dever-ser), cuja regulamentação permite a promoção da dignidade, mesmo que não corresponda à realidade. Inclusive, a autora adverte do risco de compreender o direito ao trabalho de forma ampla e literal, que englobaria o trabalho precário. Logo, o direito ao trabalho deve ser restrito àquele que seja digno, sob pena de ser utilizado como artifício para a mercantilização da força de trabalho.

Além do mais, como Delgado (2015, p. 114-119) ressalta, o mercado por si só não é capaz de promover justiça social e democratização do poder. Assim, as normas jurídicas trabalhistas, ao intervirem no contrato de trabalho, promovem um padrão genérico de realização da justiça social no sistema capitalista estruturalmente desigual. Cabe ressaltar que o trabalho é o meio pelo qual o indivíduo se insere na economia. Logo, ao se elevarem as condições de pactuação da força de trabalho, propiciam-se a formação e preservação do mercado interno.

Nesse sentido, Fabriz (2006, p. 16-17) ressalta que, no ordenamento jurídico brasileiro, o direito ao trabalho está previsto como um direito social, nos termos do art. 6º da Constituição Federal. Embora todos eles sejam correlacionados e interdependentes, o direito ao trabalho é o fato gerador dos demais. Destarte, o valor social do trabalho é considerado princípio da Constituição (art. 1º, III). Deve-se ter em mente que se trata do trabalho livre e criativo (oposto ao trabalho forçado), capaz de realização material e espiritual do homem, inerente à condição humana.

Assim, a pedra de toque deve ser a dignidade do trabalhador como norte do sistema juslaboral e, por conseguinte, o resgate da sua figura principal, a relação típica de emprego. Neste sentido, destaca-se o movimento de repersonalização do Direito do Trabalho.

É com base nas lições de Teodoro (2016, p. 151), que se propõe a releitura do Direito do Trabalho com fulcro nos direitos fundamentais previstos na Constituição, recolocando a pessoa do trabalhador e os aspectos extrapatrimoniais no centro da interpretação – do mesmo modo que ocorreu com o Direito Civil.

Deve-se ter em mente que “o trabalho e o trabalhador não podem ser vistos como elementos dissociados”, pois o “trabalho é o próprio trabalhador em movimento” (MOTA, 2016, p. 158). Segundo essa lógica, Mota elucida que:

É preciso, pois, que o Direito do Trabalho reencontre sua matriz existencial, edificada a partir de uma moralidade antropológica e personalista, perfilhando um sistema normativo ciente de que não tem outra gênese senão a promoção da dignidade do trabalhador. Se o Direito do Trabalho afeta a economia, ajudando a justificar o capitalismo, o faz como consequência e não como causa. Somente a aproximação do Direito do Trabalho com seu núcleo elementar (o ser humano trabalhador) o tornará infenso ao processo de desconstrução que tem se expandido em sua direção. (MOTA, 2016, p. 159).

E para que a repersonalização do Direito do Trabalho seja efetiva, faz-se necessário promover a busca da valorização ampla do trabalho digno, independente do seu enquadramento. Para Delgado, isso deve ocorrer de modo que:

[...] o valor trabalho revelar-se-á tanto pelo sujeito trabalhador, como pelo momento histórico vivenciado. Em outras palavras, o trabalho determina a própria valorização do sujeito que labora (entenda-se: a valorização refere-se ao sujeito enquanto trabalhador). Então é possível que, em sociedade, se valorize de maneiras distintas o trabalhador empregado, o trabalhador autônomo, o trabalhador estagiário, entre outros. O que não quer dizer, diga-se de passagem, que o Direito deva identificar essa diferenciação de valores como um critério de exclusão (DELGADO, 2015, p. 102).

Ademais, entende-se, assim como Delgado (2015, p. 178-184) que, embora o Direito do Trabalho restrinja sua área de proteção ao empregado, há um dever fundamental de proteção de demais formas de trabalho que exigem a reformulação (ampliação da consciência axiológica) de tal ramo do direito para inserir direitos fundamentais indisponíveis a todo e qualquer trabalhador – modelo universal de Direito do Trabalho.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente pesquisa analisou-se as discussões doutrinárias da regulamentação do empregado hipersuficiente no Brasil, bem como realizou-se estudo comparado com a experiência de outros países. A partir disso, pode-se dizer, portanto, que a forma como a Lei nº 13.467/2017 incorporou a figura do empregado hipersuficiente ao ordenamento jurídico brasileiro é inconstitucional.

Além do mais, muito embora se valha o argumento de gerar postos de trabalho, trata-se de figura voltada à precarização das relações de trabalho, de modo a colocar a perspectiva econômica na frente da humanística. Ou seja, consiste em um dos exemplos mais marcantes da incorporação do discurso neoliberal e da prevalência do raciocínio econômico sobre a lógica social.

Como se pode observar, não obstante o estudo comparado dos ordenamentos jurídicos alienígenas alertarem para as características precarizantes, o legislador reformador optou

por estratificar a relação típica de trabalho no Brasil através da esdrúxula posição do empregado hipersuficiente.

Em suma, é possível constatar que o trabalhador hipersuficiente é uma figura anômala no ordenamento jurídico brasileiro, pois seus critérios não se justificam nem encontram respaldo em outros sistemas normativos, já que não se trata de alto executivo.

Percebe-se, por conseguinte, que há uma estratificação da classe trabalhadora, mediante a falsa impressão de que o obreiro não estaria sujeito à hipossuficiência, que, na verdade, é inerente a classe não detentora de propriedade, independentemente da sua remuneração mensal ou da sua formação escolar.

Por fim, a falta de clareza da redação adotada pelo legislador gerou dúvidas até mesmo quanto ao âmbito da sua aplicação. Cabe destacar que, de toda forma, mesmo que a negociação direta e individual seja válida, ignorando a ofensa aos princípios e objetivos constitucionais e a própria essência do Direito do Trabalho, ainda se tem a proteção da Convenção nº 111 da OIT, que veda tratamento discriminatório. Inclusive, é no mesmo sentido o enunciado aglutinado nº 1 da Comissão 4 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA⁸.

Logo, entende-se que, independentemente das falhas de conteúdo e de redação do art. 444, parágrafo único, da CLT, a figura do trabalhador hipersuficiente, na verdade, tem sua hipossuficiência exacerbada ao ser estratificado dos demais trabalhadores. Nessa toada, surge o questionamento de qual serão as implicações práticas disso, desde aspectos mais abstratos, tal como a identificação psicossocial com a sua categoria; até aspectos mais práticos, a exemplo de quais direitos previstos no rol do art. 611-A da CLT poderiam ser negociados por um único trabalhador (mesmo que não tenha conhecimento técnico para isso) ou até mesmo questões de equiparação salarial.

Assim, resta o desafio de doutrinadores, advogados, procuradores do trabalho e magistrados desempenharem suas árduas funções essenciais à Justiça para a construção da norma concreta para o conflito posto com base em interpretação sistemática do sistema normativo vigente – o que inclui o patamar civilizatório mínimo das normas constitucionais e internacionais. Hermenêutica desafiadora haja vista a falta de clareza do texto da Reforma Trabalhista.

Outrossim, é possível perceber que o argumento de redução de direitos trabalhistas não surtiu os efeitos econômicos esperados (do mesmo modo que os países analisados no estudo comparado), tendo em vista que o país ainda enfrenta uma recessão na economia com alta taxa de desemprego.

Importante ressaltar a conclusão de que a “pedra de toque” deve ser a dignidade do trabalhador como norte do sistema justralhista e, por conseguinte, o resgate da sua figura

8 Enunciado aglutinado nº 1 da Comissão 4 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA: TRABALHADOR HIPERSUFICIENTE. ART. 444, PARÁGRAFO ÚNICO DA CLT.

I - O parágrafo único do art. 444 da CLT, acrescido pela Lei 13.467/2017, contraria os princípios do direito do trabalho, afronta a Constituição Federal (arts. 5º, caput, e 7º, XXXII, além de outros) e o sistema internacional de proteção ao trabalho, especialmente a Convenção 111 da OIT.

II - A negociação individual somente pode prevalecer sobre o instrumento coletivo se mais favorável ao trabalhador e desde que não contravenha as disposições fundamentais de proteção ao trabalho, sob pena de nulidade e de afronta ao princípio da proteção (artigo 9º da CLT c/c o artigo 166, VI, do Código Civil).

principal, a relação típica de trabalho. E para que esse passo seja efetivo, faz-se necessário promover a busca da valorização ampla do trabalho digno.

Diante das incertezas do cenário, questiona-se se a valorização do trabalhador “hiper-suficiente” – mesmo que percebendo mais do que o dobro do teto do RGPS e possuindo nível superior – não restaria presente no resgate de princípios basilares como a primazia da realidade e a avaliação do poder efetivo de barganha de tal obreiro, sua paridade perante o empregador.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Amauri Cesar. Reforma trabalhista: interpretação da norma e aplicação contratual. In: MELO, Raimundo Simão de (coord.); ROCHA, Cláudio Jannotti da (coord.). *Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social e as Reformas Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo: LTr, 2017.
- BASTOS, Janice. Art. 444 da CLT. In: LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lucia (org.). *Reforma trabalhista comentada por juízes do trabalho*: artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2018.
- BIAVASCHI, Magda Barros. A reforma trabalhista no Brasil em tempos de acirramento das desigualdades sociais à ação de um capitalismo “sem peias”. In: MELO, Raimundo Simão de (coord.); ROCHA, Cláudio Jannotti da (coord.). *Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social e as Reformas Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo: LTr, 2017.
- BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Autonomia negocial dos trabalhadores hipersuficientes. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani (coord.). *Reforma trabalhista ponto a ponto*: estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther. São Paulo: LTr, 2018.
- BRASIL. *Enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA*: tema reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017). Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso em: 26 dez. 2019.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Câmara aprova pedido de urgência à proposta de reforma trabalhista*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/512144-camara-aprova-pedido-de-urgencia-a-proposta-de-reforma-trabalhista/>. Acesso em: 24 jul. 2020.
- COUTINHO, Aldacy Rachid. Desconstruindo a falácia da reforma trabalhista de 2017: análise crítica dos argumentos retóricos do jurídico, do social e do econômico. In: MELO, Raimundo Simão de (coord.); ROCHA, Cláudio Jannotti da (coord.). *Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social e as Reformas Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo: LTr, 2017.
- DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *Subsídios para o debate sobre a questão do Financiamento Sindical*. Nota Técnica nº 200. Dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2018/notaTec200financiamentoSindical.pdf>. Acesso em: 20 jul 2020.
- DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2015.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*. Entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. 2. ed., São Paulo: LTr, 2015.
- DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- FABRIZ, Daury César. A crise do direito fundamental ao trabalho no início do século XXI. *Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 1, p. 15-38, 2006.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FINCATO, Denise; FELTEN, Maria Claudia. Reforma trabalhista: contribuição sindical facultativa e futuro dos sindicatos no Brasil. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 7, n. 71, p. 58-75, ago./set. 2018.

GOULART, Rodrigo Fortunato. Empregado hipersuficiente e negociação individual. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani (coord.). *Reforma trabalhista ponto a ponto: estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther*. São Paulo: LTr, 2018.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Estatísticas Econômicas. Revisão do PIB de 2016 mostra queda de 3,3% em relação ao ano anterior, 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/22966-revisao-do-pib-de-2016-mostra-queda-de-3-3-em-relacao-ao-ano-anterior>. Acesso em: 24 jul. 2020.

IBGE. Estatísticas Econômicas. *PIB cai 3,5% em 2015 e registra R\$ 6 trilhões*, 2017. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/17902-pib-cai-3-5-em-2015-e-registra-r-6-trilhoes>. Acesso em: 24 jul. 2020.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Série histórica da PNAD Continua*. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?=&t=series-historicas&utm_source=landing&utm_medium=explica&utm_campaign=desemprego. Acesso em: 29 jul. 2020.

LAMEIRA, Maria Andreia Parente et al. Mercado de Trabalho. In: *Carta de Conjuntura*. n. 43, 2º trimestre 2019. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/190618_cc_43_mercado_de_trabalho.pdf. Acesso em: 20 julho 2020.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. A reforma trabalhista no Brasil. In: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ, Luciano (coord.). *Desafios da Reforma Trabalhista: de acordo com a MP 808/2017 e com a Lei 13.509/2017*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MELHADO, Reginaldo. Trabalhador pseudossuficiente: o conto do vigário da autonomia da vontade na "reforma" trabalhista. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISÓ, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (org.). *Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica*. São Paulo: LTr, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MOTA, Konrad Saraiva. Por um Direito do Trabalho repersonalizado. In: VIANA, Márcio Túlio (coord.); ROCHA, Cláudio Jannotti da (coord.). *Como aplicar a CLT à luz da Constituição: alternativas para os que militam no foro trabalhista*. São Paulo: LTr, 2016.

NASCIMENTO, Rosilene. Contrato intermitente: trabalho humano *just in time*. In: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; MENDES, Márcia Cristina Sampaio (coord.). *Reforma Trabalhista*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2017.

ROCHA, Cláudio Jannotti da. Reflexões temporais acerca do Direito do Trabalho brasileiro e do seu constitucionalismo: a obrigatoriedade do controle difuso de constitucionalidade e de convencionalidade da reforma trabalhista. In: PORTO, Lorena Vasconcelos; ROCHA, Cláudio Jannotti da (org.). *Trabalho: diálogos e críticas*. São Paulo: LTr, 2018.

RODRIGUES, Deusmar José (coord.). *Lei da reforma trabalhista: comentada artigo por artigo*. Leme: JH Mizumo, 2017.

PADILHA, Viviane Herbst. Direito do Trabalho na crise ou a crise do Direito do Trabalho? In: TEODORO, Maria Cecília Máximo et al (coord.). *Direito material e processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

SANTOS, José Aparecido. Reformas Trabalhistas na Itália: breve análise histórica e comparativa. *Revista do TST*, São Paulo, v. 83, n. 4, p. 249-271, out./dez. 2017.

SENADO FEDERAL. *Plenário aprova regime de urgência para tramitação da reforma trabalhista*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/07/04/plenario-aprova-regime-de-urgencia-para-tramitacao-da-reforma-trabalhista>. Acesso em: 27 jul. 2020.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. Por um Direito do Trabalho Repersonalizado. In: VIANA, Márcio Túlio (coord.); ROCHA, Cláudio Jannotti da (coord.). *Como aplicar a CLT à luz da Constituição: alternativas para os que militam no foro trabalhista*. São Paulo: LTr, 2016.

TST. Tribunal Superior do Trabalho. *Recebidos e julgados na Justiça do Trabalho*: ano de 2019. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/18640430/e175064c-8e81-0e9e-6165-98886cb8511d>. Acesso em: 27 jul. 2020.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Reforma Trabalhista: uma análise dos efeitos jurídicos das principais modificações impostas pela lei 13.467/2017. In: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ, Luciano (coord.). *Desafios da Reforma Trabalhista*: de acordo com a MP 808/2017 e com a Lei 13.509/2017. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Recebido/Received: 05.05.2020.

Aprovado/Approved: 01.09.2020.

O ALCANCE DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO(A) COMPANHEIRO(A) COM O JULGAMENTO PELO STF DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 878.694/MG

THE REACH OF THE PARTER'S SUCCESSION
RIGHTS WITH STF'S JUGDMENT OF THE
EXTRAORDINARY RECOURSE nº 878.694/MG

GILLIAN SANTANA DE CARVALHO MENDES¹
ARMANDINO PINTO DE MOURA²

RESUMO

O presente artigo teve como objetivo analisar a situação atual do(a) companheiro(a) no direito sucessório, no Código Civil de 2002, em decorrência do julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, em que o Supremo Tribunal Federal(STF) reconheceu e declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790, do mencionado normativo. O STF equiparou a união estável ao casamento, para fins sucessórios, e determinou a aplicação, a ambos os casos, do regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil de 2002. O procedimento metodológico consistiu numa pesquisa descritiva, apresentando a situação atual dos companheiros no direito sucessório brasileiro e qualitativa, analisando o entendimento do julgamento do Recurso Extraordinário 878.694/MG pelo STF. Concluiu-se que o STF deixou várias omissões em sua decisão, como não ter declarado a inclusão do companheiro ou companheira no rol de herdeiros necessários, previsto no art. 1.845 do CC/2002, bem como dizer se o convivente terá direito real de habitação, conforme regra do art. 1.831 do mesmo normativo. O STF também se omitiu quanto ao alcance da segurança jurídica de sua decisão, posto que, ao determinar que o entendimento do *decisum* fosse aplicado apenas aos inventários abertos e não findos, acabou por afrontar os artigos 1.784 e 1.787 do CC/2002.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal. União Estável. Sucessão do (a) Companheiro(a).

- 1 Doutora em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário UNICEUB, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Professora da Universidade Estadual do Piauí e do Centro Universitário UNINOVAFAPI, nos cursos de Direito da graduação e pós-graduação. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7149-1367>. E-mail: gillian.santana@hotmail.com.
- 2 Especialização em Segurança Pública e Inteligência Policial/UESPI, Advogado. Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil. Graduação em Licenciatura Plena em Ciências-Matemática/UFPI, Direito/UFPI, Ex-Delegado de Polícia Civil/PI. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4835-5954>. E-mail: apmdpc@gmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

MENDES, Gillian Santana de Carvalho; MOURA, Armandino Pinto de. O alcance dos direitos sucessórios do(a) companheiro(a) com o julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 2, p. 185-199, Maio/Ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i2.7848>.

ABSTRACT

The purpose of this article was to analyze the current situation of the partner in succession in the Civil Code of 2002, as a result of the judgment of Extraordinary Appeal No. 878.694 / MG, in which the Supreme Court (STF) recognized and declared the unconstitutionality of art. 1,790, of the mentioned normative. The Supreme Court equated the stable union with the marriage, for succession purposes, and determined the application, in both cases, of the regime established in article 1.829 of the Civil Code of 2002. The methodological procedure consisted of a descriptive research, presenting the current situation of the partners in Brazilian and qualitative inheritance law, analyzing the understanding of the judgment of Extraordinary Appeal 878,694 / MG by the STF. It was concluded that the STF left several omissions in its decision, such as not having declared the inclusion of a partner in the list of necessary heirs, provided for in art. 1,845 of CC / 2002, as well as saying whether the cohabiting person will have real right to housing rights, according to the rule of art. 1,831 of the same regulation. The STF also failed to take into account the scope of the legal certainty of its decision, since in determining that the understanding of the decision should be applied only to open and unfinished inventories, it ended up facing Articles 1,784 and 1,787 of CC / 2002.

KEY WORDS: Supremo Tribunal Federal. Stable Union. Succession of the Partner.

1. INTRODUÇÃO

A união estável é uma relação de fato entre um homem e uma mulher, de forma prolongada, sem ser formalizada, como é o casamento, mas com o objetivo de constituição de família. Esse regime de união estável é plenamente praticado na sociedade brasileira e amparado no seu sistema jurídico. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §3º, reconheceu a união estável como entidade familiar e garantiu a facilitação de sua conversão em casamento, dando os primeiros passos para a equiparação dos direitos dos companheiros aos dos cônjuges, tanto no direito de família quanto nos direitos sucessórios.

Posteriormente a promulgação da Carta Magna, como complementação e aplicação do dispositivo supracitado, foram editadas as Leis 8.971/1994 e 9.278/1996, concedendo direitos aos companheiros, principalmente no que se refere à sucessão.

Com a vigência do Código Civil de 2002, houve no seu artigo 1.723 o reconhecimento da união estável como entidade familiar, configurando-se a referida união com a publicidade, continuidade, durabilidade e vontade de constituição de família, consolidando-se o desejo constitucional. No entanto, igualmente não ocorreu quando o direito sucessório tratou sobre a sucessão dos companheiros, que foi regulado no artigo 1.790, fazendo clara distinção em relação ao direito sucessório dos cônjuges, este regulado em seu artigo 1.829 e outros dispositivos, gerando muitos questionamentos no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

Por meio do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em maio de 2017 e com Acórdão publicado em fevereiro de 2018, com efeito de repercussão geral, foi reconhecida e declarada a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e a distinção que fez quanto ao regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do referido códex.

Apesar do reconhecimento da equiparação do regime sucessório entre cônjuges e companheiros, tem-se como hipótese que o Supremo Tribunal não enfrentou, no *decisum*, a questão em sua plenitude, omitindo-se em relação a diversos dispositivos que permeiam esse regime jurídico. Nesse sentido, analisar-se-ão questões que não ficaram claras ou omissas quanto a equiparação, como: encontrarem-se ou não os companheiros no rol de herdeiros necessários, como previsto no art. 1.845 do CC/2002 em relação aos cônjuges, e se incidem sobre eles as regras previstas nos artigos 1.789 e 1.846 a 1.849, que tratam da proteção da parte legítima, o que gera para o convivente restrições na doação e no testamento.

Analisar-se-á, também, qual foi o alcance dado pelo STF em relação aos companheiros sobre o direito real de habitação assegurado aos cônjuges no art.1.831 do CC/2002, bem como a aplicação, pela Suprema Corte, da sua decisão, aos inventários judiciais e extrajudiciais abertos e ainda não findos.

Com a finalidade de analisar o alcance da decisão do STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, acerca da sucessão dos companheiros, o presente artigo foi dividido em três tópicos, sendo que inicialmente será apresentado um panorama sobre a situação atual do(a) companheiro(a) no direito sucessório conforme o Código Civil, abordando também o conceito e requisitos da união estável. O segundo tópico trará uma abordagem sobre o RE 878.694/MG, em que o STF reconheceu e declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/2002 e equiparou os regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros. O terceiro e último exporá os direitos sucessórios do(a) companheiro(a) no julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, abordando o alcance da Suprema Corte sobre herdeiro necessário, direito real de habitação e aplicação da decisão aos inventários judiciais e extrajudiciais abertos e ainda não findos.

Assim, este estudo tem a finalidade de demonstrar a nova regra de sucessão para os que convivem em união estável, após o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 1.790 pelo STF, destacando, de forma específica, o alcance da decisão junto ao Supremo Tribunal Federal, referente a diversos outros dispositivos do Código Civil que conformam esse regime jurídico.

2. SITUAÇÃO ATUAL DO(A) COMPANHEIRO(A) NO DIREITO SUCESSÓRIO NO CÓDIGO CIVIL

No Brasil, por longo período histórico, a união prolongada entre o homem e a mulher, sem a formalização do casamento, morando ou não sob o mesmo teto, foi considerada como concubinato (PENA JÚNIOR, 2017). O concubinato consiste na relação entre homem e mulher, dentre os quais um ou outro não é livre para casar, de forma que o concubinato não é reconhecido pela legislação. Diferentemente, na união estável os partícipes são livres para constituírem casamento.

Na união estável, a relação entre o homem e a mulher é prolongada, contínua e duradoura, tendo como objetivo, o de constituir laços familiares, podendo ser convertida em casamento. No concubinato, a relação entre o homem e a mulher, embora não eventual, não

tem o objetivo de constituir família e, como foi exposto, pelo menos um dos conviventes encontra-se legalmente impedido de casar.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o reconhecimento da união estável como entidade familiar, foi significativo o avanço e proteção jurídica desta situação de fato no Direito de Família. Nesse sentido, afirmam Farias e Rosenvald (2015, p. 446),

A partir do §3º do art. 226 da Carta Cidadã de 1988 é possível visualizar a união estável, também chamada de companheirismo, como uma situação de fato existente entre duas pessoas, de sexos diferentes e desimpedidas para casar, que vivem juntas, como se casadas fossem (convivência *more uxório*), caracterizando uma entidade familiar.

Farias e Rosenvald (2015) ainda acrescentam que a união estável é, na verdade, um casamento de fato, decorrente das relações sociais e naturais de afeto, da vontade das partes envolvidas, que em razão da liberdade que experimentam, simplesmente não desejam se curvar às formalidades do casamento. Portanto, legítima a proteção concedida pela Carta Magna.

Posteriormente, em 29 de dezembro de 1994, foi editada a Lei 8.971, que regulou os direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão. No que diz respeito aos direitos sucessórios, assegurou a(o) companheira(o) sobrevivente o usufruto de quarta parte dos bens, havendo filhos, ou de metade no caso de não haver filhos, mas sobrevivendo ascendentes e ainda o direito à totalidade da herança na falta de descendente e ascendente. Nas duas primeiras situações, o (a) companheiro (a) somente terá direito ao usufruto dos bens do *de cuius* até enquanto não constituir nova união.

Em 10 de maio de 1996, nova lei foi editada, a Lei 9.278/1996, que regulamentou o art. 226, §3º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), reconhecendo a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, assegurando aos companheiros o direito de herdar e o direito real de habitação, dentre outros.

As Leis 8.971/1994 e 9.278/1996 foram tacitamente revogadas, em razão de as matérias nelas tratadas terem sido incluídas no Código Civil de 2002, que incorporou nos artigos 1.723 a 1.727 os princípios básicos das referidas Leis (BRASIL, 2002). Nesse sentido, afirma Gonçalves (2012, p. 608),

Restaram revogadas as mencionadas Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 em face da inclusão da matéria no âmbito do Código Civil de 2002, que fez significativa mudança, inserindo o título referente à união estável no Livro de Família e incorporando, em cinco artigos (1.723 a 1.727), os princípios básicos das aludidas leis, bem como introduzindo disposições esparsas em outros capítulos quanto a certos efeitos, como nos casos de obrigação alimentar (art. 1.694).

Ainda destaca Gonçalves (2012) que o Código Civil de 2002 tratou, nos dispositivos supra referidos, dos aspectos processuais e patrimoniais, ficando para o direito das sucessões o efeito patrimonial sucessório, conforme previsto no art. 1.790 do CC/2002 (BRASIL, 2002).

O Código Civil de 2002 fez menção expressa do direito real de habitação do cônjuge, omitindo-se em relação a(o) companheira (o), o que embora sem previsão no referido codex, ainda se proclama a subsistência do artigo 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/1996, que asse-

gurava aos companheiros sobreviventes o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

A doutrina diverge quanto a aplicabilidade do artigo supracitado, Pereira (2016) afirma que houve revogação tácita de tudo que não foi incorporado pelo Código Civil, Gonçalves (2012) argumenta não ter havido revogação expressa da citada lei quanto ao direito real de habitação do(a) companheiro(a), bem como não haver incompatibilidade do benefício nela previsto com qualquer dispositivo do Código Civil (BRASIL, 2002). Ainda se invoca, por meio de interpretação analógica, que o direito real de habitação assegurado ao cônjuge no art. 1.831, do Código Civil de 2002, deve ser estendido aos companheiros.

Mesmo na falta de previsão no Código, sustenta uma corrente doutrinária sido a subsistência do art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/96, que defere ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família. Argumenta-se, em defesa da companheira, não ter havido revogação expressa da referida lei, bem como inexistir incompatibilidade do benefício nela previsto com qualquer dispositivo do novo Código. Invoca-se, ainda, a extensão analógica do mesmo direito assegurado ao cônjuge sobrevivente no art. 1.831 do mesmo diploma.

Nessa linha, o Enunciado 117 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília em setembro de 2002: "O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88", (GONÇALVES, 2012, p.189-190)

Para o Supremo Tribunal Federal as Leis 8.971/94 e 9.278/96 tiveram seus dispositivos revogados, como se pode observar no trecho da Ementa do Acórdão do julgamento do RE 878.694-MG, de 10.05.2017, em que foi reconhecida a inconstitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil de 2002

[...] Assim sendo, o art. 1.790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso[...].

Assim, pode-se afirmar que parte da doutrina e o STF concordam a vigência do Código Civil de 2002 estabeleceu o direito sucessório do(a) companheiro(a), revogando tacitamente todas as disposições anteriores.

Foi no artigo 1.790 que o Código Civil (BRASIL, 2002) regulou o direito sucessório das pessoas que convivem entre si em união estável, consubstanciando, em linhas gerais, que o(a) companheiro(a) participa da sucessão somente quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência do casamento, de acordo com as seguintes disposições: a) se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente ao que couber a estes; b) se concorrer apenas com descendentes do autor da herança terá direito à metade do que tocar a cada um deles; c) se concorrer com qualquer outro parente sucessível, o (a) companheiro(a) sobrevivente terá direito apenas a um terço da herança e d) somente quando não houver parentes sucessíveis é que terá direito à totalidade da herança.

A sucessão do cônjuge não refere-se apenas a bens onerosos adquiridos na constância da convivência, e nem o cônjuge concorre com qualquer parente sucessível que não sejam descendentes ou ascendentes.

Os direitos sucessórios do(a) companheiro(a) em muito se distanciam da sucessão patrimonial do cônjuge, conforme pode ser observado no artigo 1.829 do Código Civil. Em breve análise dos dois dispositivos, os artigos 1.790 e 1.829 do CC/2002, vê-se claramente a diferença do regime de sucessão do cônjuge e da companheira ou companheiro, o que gerou muitos questionamentos a respeito da inconstitucionalidade do art. 1.790, do citado diploma, no âmbito do judiciário (BRASIL, 2002).

Coube ao Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Tema 809, relativo ao RE 878.694/MG, reconhecer ser inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, determinando que seja aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002, onde se inclui o cônjuge na ordem da vocação hereditária e nada se mencionava a respeito do(a) companheiro(a). Observe-se que o STF não revogou o artigo 1.790, pois somente ao Poder Legislativo é possível tal feito, (ANDRADE, 2018).

Com a referida decisão, atualmente também se aplica aos companheiros o mesmo regime sucessório previsto para os cônjuges disposto no artigo 1.829 do Código Civil de 2002.

Contudo, em sua decisão (RE 878.694/MG), o STF não esclareceu alguns questões emblemáticas: se o companheiro possui direito real de habitação, previsto no art. 1.831 do CC/2002 ao cônjuge; se deve ser incluído ou não no rol de herdeiros necessários do art. 1.845 do CC/2002, pois os herdeiros necessários, dentre eles os descendente, ascendentes e cônjuge, têm direito a não serem privados da parte legítima, ou seja, cinquenta por cento da herança.

Da mesma forma, a Suprema Corte, ao determinar que a decisão que estabeleceu a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/2020 fosse aplicada aos inventários judiciais e extrajudiciais já abertos e ainda não findos, nada explicou sobre a afronta desse entendimento ao disposto nos artigos 1.784 e 1.787 do CC/2002, que determinam que a sucessão e a legitimação para suceder são reguladas pela lei vigente na data da abertura daquela.

Assim, o STF se omitiu ao não esclarecer se são aplicadas, aos companheiros, as regras de diversos dispositivos do CC/2002 que estão em conformidade com o regime jurídico dos cônjuges. Há necessidade, portanto, de que a Corte apresente o alcance da tese do julgamento e quais as regras e dispositivos do regime sucessório do cônjuge que devem ser aplicados aos companheiros, bem como que esclareça qual a lei que deverá ser aplicada à sucessão dos companheiros.

3. A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CC/2002 COM O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.694/MG PELO STF

Em 10 de maio de 2017, o Supremo Tribunal Federal, concluiu o julgamento referente à inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/2002, que tratava diferentemente do cônjuge o (a) companheiro(a) sobrevivente quanto aos direitos sucessórios. A decisão definitiva foi impulsionada pelo Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, que teve como Relator, o Ministro Luís Roberto Barroso.

O conflito que gerou o processo acima referido, deu-se por conta do conflito que passou a existir após a morte do autor da herança, entre os seus irmãos e a recorrente, com quem vivia em união estável. O *de cuius* não deixou testamento e passou a existir pretensão em relação ao seu patrimônio por ambas as partes: irmãos e companheira. O falecido possuía bens e não tinha descendentes, nem ascendentes, tendo como parentes mais próximos apenas três irmãos, os quais figuraram no polo passivo do recurso.

A decisão do juiz de primeiro grau reconheceu o direito da companheira sobrevivente à totalidade da herança deixada pelo companheiro falecido, excluindo da sucessão os irmãos do *de cuius*, ainda lhe concedendo o direito real de habitação. Portanto, o julgador de primeira instância aplicou ao caso o inciso III do artigo 1.829 do CC/2002, dando igual tratamento ao instituto da união estável em relação ao casamento.

No caso presente, em sendo aplicada a regra estabelecida no inciso III do artigo 1.790 do CC/2002, os irmãos vivos, que são colaterais de 2º grau, concorreriam à herança com a companheira, cabendo a esta apenas um terço dos bens deixados pelo companheiro falecido.

Inconformados, os irmãos do falecido recorreram da decisão ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG) que, partindo da premissa da constitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, deu provimento à apelação, nos termos do inciso III do art. 1.790, limitando o direito da companheira a um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a existência da união estável, excluindo-se os bens particulares do companheiro.

Descontente com a decisão do juízo de 2º grau, a companheira do autor da herança interpôs Recurso Extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal, como última oportunidade de recurso, sustentando em suas razões que o regime sucessório estabelecido no artigo 1.790 do CC/2002 é incompatível com a Carta Magna, com o dever estatal garantido por ela relativo a proteção à família, de acordo com o previsto no art. 226, §3º, da CF/88. Anunciando que o regime sucessório a ser aplicado ao seu caso deveria ser aquele idêntico à sucessão do cônjuge. A recorrente expôs como fundamento para tal pretensão o princípio da igualdade insculpido no art. 5º da Carta da República e o reconhecimento da união estável promovido no artigo 226 acima indicado.

Em sede de contrarrazões ao Recurso Extraordinário, um dos recorridos defendeu a constitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, alegando que a CF/88 reconheceu a união estável como entidade familiar, porém não a equiparou ao instituto do casamento.

O Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento, decidindo, por maioria de votos, dar provimento ao Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, para reconhecer a inconstitucionalidade

dade do art. 1.790 do CC/2002, declarando o direito da recorrente em participar da totalidade da herança deixada por seu companheiro, equiparando o regime sucessório dos companheiros ao do cônjuge, na forma no art. 1.829 do CC/2002.

A ementa da decisão do Recurso Extraordinário 878.694/MG, publicada em fevereiro de 2018, foi apresentada nos termos a seguir:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS.

1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável.

2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988.

3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso.

4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: *"No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002"*.

Assim, de acordo com a decisão do STF exposta, no entendimento da maioria dos ministros do STF, vencidos apenas os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, as regras da Constituição Federal contemplam diferentes formas de famílias, além da que resulta do casamento, e nesse rol se incluem as famílias formadas mediante união estável. Afirma a decisão não ser legítimo desequiparar, para fins sucessórios, a família formada pelo casamento e a formada pela união estável.

Portanto, com a decisão supracitada, o art. 1.790 do CC/2002 perdeu sua aplicabilidade prática e o companheiro ou companheira passa a figurar, ao lado do cônjuge, na ordem de sucessão legítima prevista no art. 1.829 do CC/2002 (BRASIL, 2002).

Contudo, há que se observar que o regime sucessório do cônjuge não se restringe ao dispositivo do artigo 1.829 do CC/2002, havendo diversos outros desse diploma que tratam sobre a sucessão do cônjuge, ficando em aberto para os companheiros, como já tratado, o direito real de habitação e configuração da condição de herdeiro necessário, como por exemplo.

Essa foi a linha de entendimento do Instituto Brasileiro de Direito da Família, ao embarcar a decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, argumentando, em resumo,

que no regime sucessório do cônjuge, além das regras dispostas no art. 1.829 do CC/2002, há vários outros dispositivos do referido diploma que conformam esse regime jurídico, em particular o art. 1.845. Requereu o embargante que a Suprema Corte esclarecesse o alcance da tese de repercussão geral, no sentido de mencionar as regras e dispositivos legais do regime sucessório do cônjuge que devem se aplicar aos companheiros.

O Tribunal, porém, rejeitou os embargos, conforme ementa da decisão, que a seguir se destaca:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. APLICABILIDADE DO ART. 1.845 E OUTROS DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL ÀS UNIÕES ESTÁVEIS. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO.

1. Embargos de declaração em que se questiona a aplicabilidade, às uniões estáveis, do art. 1.845 e de outros dispositivos do Código Civil que conformam o regime sucessório dos cônjuges.
2. A repercussão geral reconhecida diz respeito apenas à aplicabilidade do art. 1.829 do Código Civil às uniões estáveis. Não há omissão a respeito da aplicabilidade de outros dispositivos a tais casos.
3. Embargos de declaração rejeitados. (STF, Emb. Decl. no RE 878.694/MG, Rel. Min. Luis Roberto Barroso)

Apesar dos argumentos do STF na decisão que rejeitou os embargos, analisando a decisão relativa ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, pode-se perceber que a Corte igualou o regime sucessório entre cônjuges e companheiros, impondo a aplicação das regras do art. 1.829 do CC/2002. Porém, é inegável que a Corte se omitiu quanto à aplicabilidade, às uniões estáveis, de diversos outros dispositivos do CC/2002 que conformam o regime sucessório do cônjuge, citando-se, a título de destaque, o art. 1.845, que trata do rol de herdeiros necessários.

4. AS OMISSÕES NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.694/MG, QUANTO AO DIREITO SUCESSÓRIO DO(A) COMPANHEIRO(A).

Como já amplamente tratado, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, com repercussão geral, unificando sua decisão para outros casos semelhantes, tendo sido fixada a tese de que, de acordo com os princípios e garantias constitucionais vigentes, não comporta mais a distinção relativa aos direitos sucessórios entre cônjuge e companheiros, devendo ser aplicado, para ambos, as disposições constantes no artigo 1.829 do Código Civil de 2002.

Tendo, portanto, o Supremo Tribunal Federal equiparado, para fins sucessórios, os cônjuges e companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável, sob o fundamento de que assim resguardava e cumpria dos preceitos constitucionais vigentes, foi omisso quanto a outros direitos que, também, versam sobre sucessão do cônjuge, mas que não se encontravam descritos no art. 1.829 do CC/2002, como a inclu-

são do(a) companheiro (a) no rol de herdeiros necessários, o direito real de habitação do(a) companheiro e, bem como sobre as regras sucessórias dispostas no Código Civil quanto ao momento da abertura da sucessão e a lei a regula.

4.1. O(A) COMPANHEIRO(A) COMO HERDEIRO NECESSÁRIO NO ART. 1.845

Embora o Supremo Tribunal Federal, em sua decisão no julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, tenha equiparado cônjuges e companheiros para fins sucessórios, aplicando-se, tanto para a união estável quanto para o casamento, as regras do art. 1.829 do CC/2002, não se pronunciou se também deverão ser aplicadas aos companheiros as regras do dispositivo do artigo 1.845, que estabelece o rol de herdeiros necessários: descendentes, ascendentes e cônjuge, sem fazer qualquer menção ao companheiro ou companheira.

Herdeiro necessário, também, denominado legitimatário ou reservatário, segundo Gonçalves (2012, p.205) " é o descendente (filho, neto, bisneto etc) ou ascendente (pai, avô, bisavô etc), sucessível, ou seja, é todo parente em linha reta não excluído da sucessão por indignidade ou deserção, bem como o cônjuge (CC, ART. 1845)", e quem consta neste referido rol possui proteção sucessória, limitando o autor da herança de dispor livremente de seu patrimônio, uma vez que os herdeiros necessários têm direito à metade dos bens da herança, constituindo-a legítima, conforme regra do art. 1.846 do CC/2002, somente podendo ser destituídos, em casos de indignidade e deserção.

A omissão deixada pelo STF gera muitos questionamentos relativos ao Direito das Sucessões e muitas consequências, como dúvidas acerca da efetivação ou não deste direito. A esse respeito, TARTUCE (2019) destaca que a inclusão do companheiro no rol de herdeiros necessários teria três efeitos, a seguir descritos.

O primeiro efeito que se aponta, se considerado o companheiro como necessário, seria a proteção de sua legítima, gerando restrições na doação e no testamento, em razão da incidência das regras previstas nos arts. 1.789 (disponibilidade pelo testador de apenas metade da herança), 1.846 (constituição de legítima) e 1.849 do CC/2002 (possibilidade de ser herdeiro testamentário e legítimo).

Como segundo efeito, advindo da inclusão dos companheiros no rol dos herdeiros necessários, seria a compreensão da ruptura do testamento na ignorância da existência de companheiro vivo, de acordo com a inteligência do art. 1.974 do Código Civil de 2002.

E como último efeito, o convivente, como herdeiro necessário, tem o dever de colacionar os bens recebidos em antecipação, como previsto nos arts. 2.002 a 2.012 do CC de 2002, sob pena de serem considerados sonegados, nos termos dos artigos 1.992 a 1.996, quando igualmente é reconhecido ao cônjuge.

Embora o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) tenha ingressado com embargos, alegando que o acórdão do RE nº 878.694/MG teria se omitido com relação a inclusão ou não do companheiro como herdeiro necessário, conforme regra do art. 1.845 do CC/2002, o Tribunal os rejeitou por unanimidade, pontuando o relator que não havia omissão a ser sanada:

Não há que se falar em omissão do acórdão embargado por ausência de manifestação com relação ao art. 1.845 ou qualquer outro dispositivo do Código Civil, pois o objeto da repercussão geral reconhecida não os abrangeu. Não houve discussão a respeito da integração do companheiro ao rol de herdeiros necessários, de forma que inexistiu omissão a ser sanada, (STF, Emb. Decl. no RE 878.694/MG, Rel. Min. Luis Roberto Barroso).

A rejeição dos embargos de declaração propostos pelo IBDFAN junto ao STF não resolveu o questionamento sobre a inclusão ou não do companheiro como herdeiro necessário. Nesse sentido, as palavras de TARTUCE (2019, p. 244):

A posição do presente autor é no sentido de que essa rejeição desses embargos, ocorrida em outubro de 2018, não resolveu o dilema, devendo a doutrina e a jurisprudência – notadamente do STJ – responder, em interpretação ao decisum anterior do STF, se o companheiro é ou não herdeiro necessário.

Permanece, assim, diante da omissão do STF, o justo questionamento sobre a necessidade de se esclarecer a respeito da inclusão ou não do(a) companheiro(a) como herdeiro necessário na disposição do art. 1.845/2002, vez que este artigo estabelece o rol de herdeiros necessários, incluindo o cônjuge, nada mencionando a respeito do companheiro ou companheira.

4.2. O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO(A) COMPANHEIRO(A)

No mesmo julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, ao equiparar o cônjuge e companheiro, para fins sucessórios, isto é, a família formada pelo casamento e a formada pela união estável, o STF também nada mencionou quanto ao direito real de habitação do companheiro.

É certo que a este respeito nada havia sido argumentado no julgamento original e que o direito real de habitação dos companheiros já vinha sendo debatido e reconhecido pela doutrina e jurisprudência. Porém, a mudança provocada pela decisão no direito sucessório em relação ao cônjuge e companheira ou companheiro, exigiu a manifestação da Corte sobre o direito real de habitação do(a) companheiro(a), principalmente no que diz respeito à extensão desse direito, entendimento ainda não pacificado.

Embora o STF tenha mencionado que a vigência do Código Civil de 2002 revogou tacitamente todas as leis infraconstitucionais anteriores que tratavam sobre o direito sucessório dos companheiros, a doutrina não é unânime a este respeito, e como o STF calou-se, há que se indagar se o direito real de habitação do(a) companheiro(a) lhe é assegurado em razão da subsistência do art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/1996, ou lhe é reconhecido esse direito de forma equiparada ao cônjuge, na forma prescrita no art. 1.831 do CC/2002. Nesse particular, se ressalta que os dois dispositivos têm conteúdos distintos.

É de se entender que o direito real de habitação está amparado na regra disposta no art. 1.831 do CC/2002, embora seja mencionado apenas o nome do cônjuge, é de se interpretar que a fundamentação da decisão do STF sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 foi que os direitos sucessórios entre o cônjuge e companheiro(a) não poderiam ser divergentes, também não pode ser o direito real de habitação (BRASIL, 2002). Ademais, este foi o entendimento do Enunciado do Conselho de Justiça Federal, por conta da I Jornada de Direito Civil.

O Enunciado n.º 117 do CJF/STJ estabeleceu dois critérios para que o direito real de habitação dos companheiros seja mantido: a) que não houve revogação expressa da Lei 9.278/1996 e b) que há um direito permanente e constitucional de moradia. E após, a decisão do Recurso Extraordinário do STF é possível que o referido Enunciado tivesse mais outro critério: o da igualdade entre os direitos sucessórios dos cônjuges e companheiros.

4.3. A DECISÃO DO STF NO RE 878.694/MG AOS PROCESSOS PENDENTES.

É inquestionável que a decisão tomada pelo STF no julgamento do RE 878.694/MG provocou mudanças significativas no direito sucessório ao equiparar, para esses fins, os cônjuges aos companheiros. Na oportunidade da decisão, muitos processos de inventários ainda se encontravam tramitando, referentes a herança de quem havia falecido antes da publicação do *decisum*.

Com o argumento de preservação da segurança jurídica, o STF determinou que a decisão deve ser aplicada apenas aos processos de inventários não findos, conforme trecho da ementa que se destaca a seguir:

[...] Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública [...].

Com o entendimento firmado no julgamento, o STF pretendeu definir o alcance da decisão tomada, com o propósito de conceder segurança às relações jurídicas sucessórias envolvendo interesses de cônjuges e companheiros, imprimindo, inclusive, as normas estabelecidas no Código de Processo Civil que tratam sobre a lei processual no tempo, contemplando o sistema do isolamento dos atos processuais, no qual a lei nova é aplicada aos processos pendentes, (MEDINA, 2019).

É inegável que os efeitos da decisão do RE 878.694/MG atingiram outros dispositivos do Código Civil, além das regras do art. 1.829, que restaram em aberto, visto que o STF não enfrentou essa questão, conforme já se discorreu. Quanto à modulação dos efeitos do *decisum*, aqui pontuado, o Tribunal determinou sua aplicação aos inventários que não tivessem ainda sentença transitado em julgado e partilhas extrajudiciais que não possuíssem ainda escritura pública, por ocasião da publicação da decisão, ou seja, aos que se referem às sucessões abertas antes da publicação da decisão do STF, o que fere dispositivos do Código Civil quanto às regras de sucessão, especialmente, o seu o artigo 1.787, que dispõe sobre a lei que regula a sucessão, como a lei vigente ao tempo de sua abertura.

Nesse ponto, a decisão do STF, com a limitação imposta pelo Tribunal, não apreciando os seus efeitos nos demais dispositivos do Código Civil, acabou não trazendo a segurança jurídica pretendida, posto que a sucessão e a legitimação para suceder são reguladas pela lei vigente ao tempo da abertura daquela, conforme dispõe o artigo 1.787 do CC/2002, mais uma omissão, por não ter considerado o STF, a hipóteses de abertura da sucessão do(a) companheiro(a) antes da vigência do Código Civil de 2002, uma vez que seu artigo 1.790 foi considerado inconstitucional.

Resta evidente que o Tribunal supramencionado, ao modular a aplicação de sua decisão, determinando a aplicação aos inventários judiciais e às partilhas extrajudiciais abertos e ainda não findos, afrontou não somente as normas dos artigos 1.787, mas também, do 1.784, que dispõe que o momento da transmissão da herança é o momento da morte, ambos do Código Civil de 2002.

O STF, embora questionado sobre o alcance da decisão através dos embargos já citados, os rejeitou e não enfrentou a questão, deixando a dúvida em aberto e o questionamento sobre a real segurança jurídica do *decisum*.

O presente questionamento poderia ter sido, de pronto, eliminado, preservando a segurança jurídica das sucessões abertas e ainda não findas, se o referido Tribunal tivesse determinado que os efeitos do *decisum* se aplicariam, em respeito ao disposto nos arts. 1.784 e 1.787 do diploma civil, às sucessões abertas a partir da vigência do Código Civil de 2002, ou a partir da publicação da decisão.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 reconheceu a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, podendo esta, se desejassem os companheiros, ser convertida em casamento.

Cumprindo os preceitos constitucionais, em 29 de dezembro de 1994, foi editada a Lei 8.971, que regulou os direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão, nesta última parte, assegurou ao companheiro sobrevivente o usufruto de parte dos bens em concorrência com descendente e ascendentes, e ainda o direito à totalidade da herança na falta destes.

Em processo de acompanhamento aos direitos sucessórios do companheiro protegidos pela Magna Carta, em 10 de maio de 1996 foi editada a Lei 9.278, reconhecendo a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, assegurando aos companheiros o direito de herança e o direito real de habitação.

Com o Código Civil de 2002, o regime sucessório entre companheiros foi aniquilado por meio das regras dispostas no art. 1.790, estabelecendo nítida distinção em direitos sucessórios entre companheiros e cônjuges, demonstrando claro preconceito às relações de convivência não formalizadas pelo casamento.

Em decorrência de inconformismo da lei infraconstitucional, o recurso de um caso concreto chegou ao Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, ocasião em que o referido Tribunal reconheceu e declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, que regia o efeito sucessório entre companheiros, determinando a imediata aplicação, quanto àqueles efeitos, as regras do art. 1.829 do CC/2002, que trata do regime sucessório entre cônjuges. Com essa decisão, o STF equiparou cônjuges e companheiros para fins sucessórios, tendo o art. 1.790 do CC/2002 perdido sua aplicabilidade e julgado inconstitucional.

A decisão supracitada, ao igualar os regimes sucessórios de cônjuges e companheiros, prescrevendo para ambos as regras do art. 1.829 do CC/2002, provocou vários questiona-

mentos sobre seu alcance, especialmente, em relação a direitos sucessórios do cônjuge que não estavam dispostos no referido artigo, como o direito real de habitação, a inclusão do (a) companheiro(a) como herdeiro necessário e âmbito de aplicação da decisão. Embora tenha o STF sido questionado acerca de tais direitos a serem alcançados, também, pelo companheiro, por meio de embargos de declaração, estes foram rejeitados.

Assim, o STF nada esclareceu na decisão do Recurso Extraordinário n. 878.694/MG quanto ao direito real de habitação do companheiro, uma vez que regra prevista no art. 1.831 do CC/2002, figura o cônjuge.

De igual modo, o STF foi omissivo quando a inclusão ou não do companheiro no rol dos herdeiros necessários, conforme previsto no art. 1.845 do CC/2002, em que, o cônjuge foi elevado a este patamar.

As duas omissões acima se refletem em outros dispositivos do diploma civil, relativos ao direito sucessório do(a) companheiro(a), como proteção da legítima, colação de bens, direito de moradia, enfim, pairando dúvidas quanto as regras aplicáveis, o que poderia ter sido, rápida e facilmente, respondido pelo STF quando os embargos declaratórios foram interpostos.

Da mesma forma, ficaram em aberto dúvidas e questionamentos sobre a segurança jurídica da referida decisão, posto que, ao ser determinada sua aplicação às sucessões dos companheiros em inventários cuja decisão não teve o trânsito em julgado e inventários extrajudiciais ainda sem escritura de partilha na data da publicação do acórdão, o STF acaba por descumprir as regras dos arts. 1.784 e 1.787 do CC/2002, que asseguram que a sucessão e a legítima são reguladas pela lei vigente ao tempo de sua abertura, bastaria que ele, na própria decisão, tivesse resguardado as disposições dos referidos artigos.

É possível que as decisões judiciais se inclinem equiparando todos os direitos sucessórios garantidos ao cônjuge, também, ao companheiro, entretanto, passados três anos da decisão do STF considerando inconstitucional a ordem de vocação hereditária concedida aos companheiros pelo Código Civil de 2020, a discussão ainda gera discordâncias e polêmicas.

Por fim, lastima-se o fato do STF não ter enfrentado todas estas questões como poderia e deveria, agora o que se espera é que haja o mais brevemente possível uma solução razoável, por parte do legislador, para corrigir evidentes omissões deixadas pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, pacificando a absoluta igualdade entre cônjuges e companheiros, para fins sucessórios.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Raissa Nacer Oliveira de. Efeitos sucessórios decorrentes da união Estável, após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694 no STF. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n.5469, 22 jun.2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66386>. Acesso em: 14 de jan 2020.

BRASIL. *Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 03 dez. 2019.

BRASIL. *Lei n.º 8.971*, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8971.htm. Acesso em: 24 de abr. 2020.

BRASIL. *Lei n.º 9.278*, 10 de maio de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Acesso em: 27 de abr. 2020.

BRASIL. *Lei n.º 10.406*, de 10 de janeiro de 2020. Institui o Código Civil. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 27 de abr. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB: famílias*, 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 6 ed.- São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 9 ed.- São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Teoria geral do processo*. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

PENA JR, Moacir César. *Curso avançado de direito das famílias: doutrina e jurisprudência*. Teresina: Edufpi, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário n.º 878.694/MG*, Plenário, Relator Min. Luis Roberto Barroso, DJ Nr. 21 do dia 06/02/2018. Disponível em: file:///C:/Users/DELL/Downloads/texto_313622639.pdf. Acesso em: 20 de jun. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Embargos de Declaração no RE 878.694/MG*, Relator Min. Luis Roberto Barroso. Disponível em: file:///C:/Users/DELL/Downloads/texto_15338898126.pdf. Acesso em 02 de jul de 2020.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das sucessões*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.v.6.

Recebido/Received: 30.04.2020.

Aprovado/Approved: 04.07.2020.

A VIOLÊNCIA SEXUAL PRATICADA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES: DESMISTIFICANDO A LÓGICA INDIVIDUAL DO PROCESSO VITIMIZATÓRIO

SEXUAL VIOLENCE AGAINST
CHILDREN AND ADOLESCENTES:
DEMYSTIFYING THE INDIVIDUAL LOGIC OF THE VICTIMIZATION PROCESS

SCHIRLEY KAMILE PAPLOWSKI

RESUMO

O presente artigo tem como temática a violência de natureza sexual perpetrada contra o público infantojuvenil, com consideráveis intercorrências no país brasileiro nos últimos anos. Justifica-se pela abrangência do tema e pela conexão com distintos segmentos da vida humana, através dos impactos causados pelo evento traumático. A problemática do estudo se concentra na demonstração das raízes sociais da violência sexual, pela hipótese de sê-la manifestação da violência de gênero e das relações de poder e de dominação estabelecidas nos seios das sociedades, sem desconsiderar o papel psicológico da conduta (individual). Para enfrentar uma realidade que se apresenta tímida, embora com acentuada frequência, faz-se necessário *descobri-la*, cuja visibilidade é possível inclusive pelo debate e pela pesquisa acadêmica, objetivos deste estudo. Através do método hipotético-dedutivo, com técnica de pesquisa exploratória, o artigo foi dividido em três momentos, chegando às considerações de que a sociedade brasileira convive com o paradoxo da proteção legal de crianças e adolescentes, ao mesmo tempo em que fomenta a adultização, a espetacularização dos seus corpos (especialmente os femininos) e a culpabilização das vítimas, notavelmente nos casos de violência sexual.

Palavras-chave: Abuso sexual. direitos humanos infantojuvenis. espetacularização dos corpos. pedofilia. prática social.

1 Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (Mestrado em Direitos Humanos), da UNIJUÍ (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul). Aluna bolsista do programa Capes/PROSUC. Bacharela em Direito pela UNIJUÍ (2019). Integrante do Grupo de Pesquisa "Direitos Humanos, Justiça Social e Sustentabilidade" (CNPq/UNIJUÍ). ORCID iD <http://orcid.org/0000-0003-3503-967X>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4774145225357211>. E-mail: schirleykamile@hotmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

PAPLOWSKI, Schirley Kamile. A violência sexual praticada contra crianças e adolescentes: desmistificando a lógica individual do processo vitimizatório. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 2, p. 200-220, Maio/Ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i2.7833>.

ABSTRACT

This article focuses on sexual violence perpetrated against children and adolescents, with considerable complications in Brazil in recent years. It is justified by the scope of the theme and the connection with different segments of human life, through the impacts caused by the traumatic event. The problem of the study focuses on the demonstration of the social roots of sexual violence, on the hypothesis that it is a manifestation of gender violence and the relations of power and domination established within societies, without disregarding the psychological influence of (individual) conduct. To face a reality that appears timid, albeit with accentuated frequency, it is necessary to discover it, whose visibility is possible even through the debate and academic research, objectives of this study. Through the hypothetical-deductive method, with exploratory research technique, the article was divided into three moments, reaching the considerations that Brazilian society coexists with the paradox of the legal protection of children and adolescents, at the same time that it promotes adultization, the spectacularization of their bodies (especially the female ones) and the blaming of the victims, notably in cases of sexual violence.

Keywords: Sexual abuse. human rights of children and adolescents. spectacularization of bodies. pedophilia. social practice.

1. INTRODUÇÃO

O espaço familiar, formado através da instituição histórica que é a família, é um campo no qual são praticadas múltiplas relações, cuja extensão, hoje, ultrapassa os modelos historicamente definidos como ideais. Na contemporaneidade, os laços que compõem a instituição se sustentam através do afeto, o que possibilitou reconhecer as relações homoafetivas e monoparentais (exemplificativamente) como autênticos sinônimos de *família*. No entanto, é dentro dessa mesma estrutura cultural que maiores conflitos podem surgir, sobretudo na ocorrência de desigualdade de direitos e deveres, atrelados ao uso da força e da violência. Quando se desvela a ocorrência de abusos no ambiente familiar – justamente no qual busca-se proteção, afeto e acolhimento – retratos nefastos emergem na forma de violência infantojuvenil, violência conjugal e violência contra idosos (POTTER, 2016).

Neste estudo, a atenção é destinada para a primeira espécie de violência antes mencionada, a qual ocorre no ambiente familiar, assim como fora dele. Sua prática pode se dar de variados modos, a exemplo de maus-tratos, abandono e negligência, e também de forma sexual, sendo esta o ponto crucial que aqui se acolhe. Este fenômeno comporta distintas maneiras, que ultrapassam a esfera imediata da noção de estupro, como pela divulgação de vídeo que contenha cenas de pornografia envolvendo criança ou adolescente. Por mais que tais casos aparentem não ocorrer na mesma intensidade que outros crimes, como os que atingem bens jurídicos patrimoniais, a percepção é ilusória e se deve, em grande medida, por uma das características que reveste tal forma de violência: ela ocorre dentro de dimensões que não permitem sua visibilidade, seja pela natureza do fato, seja pelo segredo familiar.

Aportados tais elementos iniciais, o presente artigo tem como temática a violência de natureza sexual perpetrada contra o público infantojuvenil, com consideráveis intercorrências no país brasileiro nos últimos anos. Sua justificativa nasce da abrangência do tema, a ponto de sê-lo um verdadeiro fenômeno (negativo), por causar dor e sofrimento às suas vítimas; bem como pelas dimensões a ele relacionadas, que incluem um conjunto de necessidades humanas tolhido pelo ato violento.

Para tanto, o método de pesquisa adotado é o hipotético-dedutivo, na linha do proposto por Karl Popper (MARCONI; LAKATOS, 2003). A presente investigação comporta uma lacuna no conhecimento científico, um problema para conduzir a investigação, seguindo de sua hipótese (solução provisória), a qual é confirmada, recusada ou corroborada ao fim. *In casu*, o problema orientador da pesquisa consiste em: as causas da violência sexual contra meninos e meninas, especialmente no Brasil, são de ordem individual (como patologias psíquicas)? A hipótese construída e confirmada em resultados é de que, embora fatores individuais interfiram no agir violento das pessoas, as causas sociais são essenciais para a manutenção do atual estado violentador, tendo por base o modo pelo qual a sociedade banaliza a sexualização infantil, estimula a exposição de corpos (sobretudo femininos), adultiza e culpabiliza as vítimas. Diga-se, também, que no processo vitimizatório a sociedade acaba ocupando o papel de revitimizadora, porque amplia o trauma vivido pela vítima da violência, em função de perquirições, de culpabilização e da omissão protetiva.

Processo vitimizatório ou vitimização consiste no ato complexo pelo qual alguém é eleito à condição de objeto-alvo, em face do qual condutas são praticadas. Nesse processo, há formas de vitimização – ou modalidades de objetificação dos sujeitos – que se desdobram em primária, secundária e terciária. Tais formas estão relacionadas com o momento da violência e de quem a pratica. A vitimização primária consiste na primeira fase do processo traumático, que ocorre pela prática do fato, do crime; é a esfera imediata desse processo, a “violência primeira” (MOROTTI, 2017; PAPLOWSKI, 2018).

A secundária se refere ao sofrimento gerado pelo próprio sistema legal, diante do uso inadequado de procedimentos investigativos ou de atendimento, por exemplo, protagonizados por unidades escolares, conselhos tutelares, equipes assistenciais, Poder Judiciário (entre outros). Essa forma de vitimização também é reconhecida como revitimização, porque amplia o trauma vivenciado, dilata a vitimização e viola, em consequência, os direitos fundamentais de quem já foi ofendido. A vitimização terciária, por sua vez, trata-se da circunstância em que o sofrimento é praticado pela sociedade, especialmente na estigmatização e culpabilização da vítima (PAPLOWSKI, 2018; POTTER, 2016).

Para alcançar tais considerações, a técnica de pesquisa é exploratória (abarcando doutrinas, notícias, recortes artísticos e decisão judicial, mediante a coleta prévia de conteúdos pela autora), sem efetuar um estudo de caso em específico. A fim de narrar o *status* do país brasileiro de protetor legal da infância e juventude e também das responsabilidades sociais envolvidas, a técnica de pesquisa igualmente compreendeu observar dispositivos normativos, a exemplo da Constituição Federal de 1988 e das Leis Federais de n. 13.431/2017, 11.340/2006 e 8.069/90, dividindo o estudo em três momentos.

A violência sexual como prática social vem revelada no estudo através de sutis demonstrações, sobretudo através dos meios de comunicação, como na mídia televisiva e em letras musicais. Para combater esse cenário, além de desmistificar tabus que revestem o tema, importa debater e pesquisar o impasse, objetivos reais da investigação, a fim de promover o diálogo consciente do papel de cada ser humano na geração e na interrupção de violência, especialmente porque consumidores de produtos e serviços que, no mais das vezes, fomentam-na contra crianças e adolescentes.

2. A VIOLÊNCIA COMO UM FENÔMENO HISTÓRICO, BIOPSIKOSSOCIAL E REPRESSOR DE NECESSIDADES

Cotidianamente, contextos íntimos e de afeto provocam, no espaço das relações interpessoais, profundo padecimento. Entretanto, o espaço social também atua como sujeito ativo em relações de violência, em especial quando é culpabilizador da vítima, intolerante e omissivo às múltiplas e constantes ações violentas dirigidas contra crianças e adolescentes. No plano normativo, sua condição de violentadora decorre da omissão no dever constitucional estabelecido pelo artigo 227, *caput*, da Constituição Federal da República, de 1988 (com redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010):

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 2020, s.p., grifou-se).

Viver livre de tratamento cruel, explorador e opressivo é direito inerente a todo ser humano, inclusive com positivação expressa assegurada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Federal de nº 8.069/1990, em seu artigo quinto². No entanto, embora seja vedada qualquer ofensa a direitos fundamentais, notadamente quanto aos infantojuvenis, o plano prático não é de alento³. Dessa forma, a partir do momento em que outrem se comporta com violência dirigida ao infante, além de violar direito seu de viver livre de qualquer tratamento, o agente acaba de reprimir diversas necessidades do violentado, dentre elas a de integridade física e de liberdade pessoal (BARATTA, 1993). É através desta compreensão de violência que podemos relacioná-la como uma forma de anular o outro enquanto sujeito.

Além das múltiplas omissões verificáveis na sociedade, enquanto suposto agente protetor da infância e da adolescência, muitas das bases sociais perpassam por complexos processos de desestruturação, ou, ao revés, recentemente tornaram-se visíveis essas questões. Com a família não é diferente (e se diz isso não porque a lógica de família tradicional vem sofrendo modificações, o que é significativamente positivo e humanitário, mas porque é a partir da estrutura familiar que reiterados problemas de ordem psíquica e social surgem).

Sobre o assunto, Luciane Pötter (2016) observa que a violência contra crianças e adolescentes não é recente, ao contrário, que acompanha a história da humanidade, manifestando-se de diversas formas: “[...] quanto mais retroagirmos na história (e até atualmente em alguns povos) maiores são as chances de observarmos que a violência contra crianças

2 “Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais” (BRASIL, 2020, s.p.).

3 Inobstante o segredo ser uma das características da prática do abuso sexual, mais especificamente quando intrafamiliar, há situações em que os atos de violência sexual se tornam nítidos ao conhecimento público. E é a partir dessas intercorrências que a assiduidade com que crianças e adolescentes são vitimizados sexualmente torna-se perceptível. Apenas no mês de setembro de 2017 (em um dos semestres da condução da pesquisa), de forma exemplificativa, dois grandes fatos ocorreram no estado do Rio Grande do Sul e se tornaram públicos. Ambos ocorreram na capital gaúcha: um deles em um supermercado, ocasião na qual o autor do fato, contando mais de 62 anos, se aproximou da infante e tocou partes do corpo da menina, sendo todos os atos praticados registrados pela câmera de vigilância do local (PAGANELLA, 2017). O outro, por sua vez, se deu de forma virtual, ocasião na qual um estudante do curso de medicina (de 27 anos) detinha em sua casa um computador contendo mais de 12 mil fotografias de crianças e adolescentes em situação de pornografia, sendo o objeto apreendido mediante cumprimento de mandado de busca e apreensão (SPERB, 2017).

e adolescentes e a falta de proteção jurídica eram (e são) comuns" (PÖTTER, 2016, p. 68). Nas palavras da autora, especificamente com relação à violência sexual, surge o que se reconhece por "incesto", o qual "[...] pode ser a forma mais extrema de abuso sexual, envolvendo relações de um adulto com uma criança ou adolescente em âmbito familiar" (PÖTTER, 2016, p. 68).

Diante do pacto de silêncio que com frequência impera nos contextos de violência sexual intrafamiliar, grande parte dos nefastos atos de abuso foram (e continuam sendo) ocultados. A disfuncionalidade familiar, nesse contexto, surge em oposição à ótica pela qual a família é visualizada, como sendo o espaço sagrado e harmônico, o "lar, doce lar". A disfuncionalidade permite ver esta estrutura como promotora de dor, sem qualquer condição de efetivar a existência sadia e digna de seus membros. Entrecruzam-se, assim, afeto e violência, cujas consequências dificilmente poderão ser medidas, cenário que requer a reunião de distintas áreas de estudo para o seu enfrentamento (como a Psicologia, o Serviço Social, a Sociologia e o Direito). O estupro surge nesse espaço como expressão máxima da violência sexual, por vezes acompanhado pela pedofilia.

Maria Cecília Minayo (1994) leciona que a violência é um dos problemas que há muito tempo perpassam a teoria social e a prática política e relacional da humanidade. "Não se conhece nenhuma sociedade onde a violência não tenha estado presente" (MINAYO, 1994, p. 7). Em verdade, atualmente, situações que retratam condutas violentas causadoras de extrema repugnância têm se tornado mais visíveis, como é o caso do tema em estudo. No entanto, a exemplo de comportamentos agressivos, a história dos povos da humanidade confere o conhecimento de sua presença desde períodos remotos.

Tal violência não está relacionada apenas a um ramo científico, porquanto se expressa no campo jurídico, social, filosófico e psicológico. A busca pelo entendimento da essência do fenômeno da violência é de longa data, conforme explica a autora; todavia, hoje é praticamente unânime a ideia de que a violência não é inerente à condição humana e que não tem raízes biológicas. "Trata-se de um complexo e dinâmico fenômeno biopsicossocial, mas seu espaço de criação e desenvolvimento é a vida em sociedade. Portanto, para entendê-la, há que se apelar para a especificidade histórica" (MINAYO, 1994, p. 7). A somar na classificação da violência como um fenômeno biopsicossocial, o jurista italiano Alessandro Baratta (1993) a compreende como repressão de necessidades, em qualquer das suas formas, e violação ou suspensão de direitos humanos.

A filósofa brasileira Marilena Chaui (2019, s.p.) assimila a temática de violência com ética. Isso porque são diametralmente opostas: a ética compreende o sujeito enquanto ser racional e livre, ao passo em que a violência o simplifica enquanto coisa, por desconsiderar sua vontade e liberdade. Em suas palavras:

[...] A violência se opõe à ética porque trata seres racionais e sensíveis, dotados de linguagem e de liberdade como se fossem coisas, isto é, irracionais, insensíveis, mudos, inertes ou passivos. Na medida em que a ética é inseparável da figura do sujeito racional, voluntário, livre e responsável, tratá-lo não como humano e sim como coisa, fazendo-lhe violência nos cinco sentidos em que demos a esta palavra. (CHAUÍ, 2019, s.p.).

Assim sendo, Chaui (2019) e Baratta (1993) convergem em suas considerações por relacionarem a violência como forma de imposição, cuja conduta desconsidera a condição

humana do sujeito violentado, detentor de direitos, racionalidade, vontade e dignidade. De fato, o desenvolvimento da espécie humana acompanha grandes eventos pautados por atrocidades. É por tais motivos que a violência é considerada e comumente denominada como um fenômeno, de tamanha extensão que se expressa no plano universal, não se restringindo a uma determinada época ou sociedade. Considerando a multiplicidade de relações estabelecidas entre os indivíduos e a dinâmica social que daí decorre, estando nela inserida a violência como um fato persistente e complexo, não restrito a um grupo social ou período da história, depreende-se que a violência é considerada um fenômeno social, não relacionado à natureza humana individual e biológica, mas à coletividade.

A violência sexual, como ponto nevrálgico de abordagem nesta investigação, ultrapassa o ato do estupro e adentra em teias mais sutis. Normativamente, há no Brasil (2020), por intermédio da Lei nº 11.340 de 2006, também conhecida como Lei Maria da Penha, menção aos distintos modos pelos quais a violência sexual é perpetrada, quais sejam:

Art. 7º. São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: [...] III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos. (BRASIL, 2020b, s.p.).

O contexto que envolve crianças e adolescentes é mais específico, abarcando diversas condutas que atingem a integridade sexual daqueles, lembrando também que essa natureza de infração possui uma intensa potencialidade lesiva no aspecto psicológico, tendo em vista que, além de toda a repugnância que o fato por si só já causa, as vítimas são pessoas notadamente frágeis (seja pela tenra idade, condição física ou pelo estágio de desenvolvimento).

Ao traçar um paralelo sobre tal fenômeno com questões de gênero, o enlace aparenta ser equivocado, ao menos em uma visão mais simplista. Isso se deve à crença de que a abordagem de gênero se restringe a pessoas adultas, em típicas relações de violência doméstica e familiar. Entre esses dois mundos que habitam a vida social (o infantil e o não infantil), coexistem as significativas relações de poder, responsáveis pelo liame entre a violência e o gênero, em parcela considerável dos casos.

É desde a tenra idade que típicas manifestações tendenciais de gênero são impostas, muitas delas encobertas por "naturalidade". Consistem em um conjunto simbólico ordenado⁴ de comportamentos, preferências, brincadeiras, cores (e até mesmo a expectativa de atividades tida como "obrigatórias"), que diferenciam meninas e meninos em direitos e deveres.

4 O sentido e o termo *simbólico*, como poder, provêm dos estudos desenvolvidos pelo sociólogo Pierre Bourdieu (1989), ao analisar as relações informais de poder. O poder simbólico assume uma condição de invisibilidade, presente nas entrelinhas das relações sociais. Ele opera através de sistemas também simbólicos, a exemplo da língua, e de símbolos (por sentidos e representações). Os símbolos fazem parte de como a realidade e o mundo são vistos, inclusive pela repetição, entendidos como "[...] elementos que, no sentido antropológico, produzem sentidos e significados no campo social, de modo que criam 'integração social' [...]" (BURCKHART, 2017, p. 208-209) e consensos sobre uma ordem na sociedade. "A reprodução é a condição pela qual o simbólico se difunde, produzindo seus efeitos em grande escala" (BURCKHART, 2017, p. 209), criando o que Bourdieu denomina de *habitus*. Através deles, valores são consolidados e integram a cultura, o que pode produzir instrumentos de dominação e sua legitimação, especialmente no recorte de gênero nas sociedades patriarcais. Para aprofundamento acerca deste poder, consultar a obra "O poder simbólico", de Pierre Bourdieu (1989).

Campanhas para combater a desigualdade de gênero na infância são realizadas com empenho pela organização não-governamental "Plan International", a qual defende os direitos de crianças, adolescentes e jovens, no Brasil, desde 1997, desenvolvendo campanhas com foco na promoção da igualdade de gênero, combatendo, assim, diversas formas de violências praticadas contra infantojuvenis.

Em pesquisa do Coletivo Não Me Kahlo, acerca da construção da feminilidade, elencou-se dados de estudo realizado pela Plan International Brasil, verificando que desde a tenra idade "as meninas aprendem que devem cuidar da casa, enquanto seus irmãos estão brincando, assistindo TV ou estudando, elas estão lavando louça, arrumando as camas ou ganhando sua primeira vassourinha". A pesquisa também considerou dados concretos sobre a realidade do país: "Um estudo realizado com brasileiras de 6 a 14 anos concluiu que 81,4% delas arrumam a sua própria cama, enquanto apenas 11,6% dos meninos fazem o mesmo. Elas não só dedicam mais tempo à tarefa, como são cobradas de forma desigual" (LARA; RANGEL; MOURA; BARIONI; MALAQUIAS, 2016, p. 17).

Essas disparidades são acentuadas na vida adulta, na qual múltiplas relações domésticas e familiares são demarcadas pela submissão da mulher e independência do homem. Constrói-se um espaço intrafamiliar ao exercício do poder pela figura masculina, alicerçado por remotas construções sociais e culturais, iniciadas na fase infantil e reforçadas na vida adulta.

Dados do Boletim Epidemiológico do Governo Federal (BRASIL, 2018) afirmam a presença majoritária da figura masculina na condição de violentador sexual de crianças e adolescentes, o que reforça a importância de inserir gênero nesta discussão. O autor da violência, neste caso, vale-se do abuso para manifestar o poder e o domínio sobre um corpo. A especificidade que reveste o caso infantojuvenil é de o violentado ser severamente vulnerável, sobretudo em condições físicas e psíquicas, enquanto criança ou adolescente. O abuso sexual consiste, pois, na forma máxima de dominação pela figura masculina,

ou seja, contrariando a vontade da mulher ou da criança, o homem mantém relações sexuais, provando assim, sua capacidade de submeter à outra parte (seja ela crianças ou adultos) à dominação. Em outras palavras, o homem submete a criança a relações sexuais de submissão, provando assim a ideologia dominante em que ela não tem direito de desejar e o direito de escolha. [...] Impotentes quanto a sua situação, a única saída que encontram para exercer seu poder de macho é contra aqueles que se encontram em posição inferior à sua, não somente econômica, mas de gênero. (SANFELICE, 2011, p. 93).

A compreensão de Gênero se designa também pela identificação social, que pode transcender a classificação binária entre feminino e masculino. A partir dessa forma de identificação dos sujeitos, construiu-se a sistemática pautada pela desigualdade entre direitos e deveres, inicialmente através da divisão do trabalho (DUSSEL, 2013). Tal divisão ainda está presente na sociedade brasileira, na qual, pelo fato de ser menina ou mulher, muitos obstáculos surgem para a efetivação de direitos fundamentais. Também advém papéis estipulados, na forma de estereótipos, consignando que determinados comportamentos, acessos e direitos se concentram em uma figura: a masculina.

Em pesquisa realizada por Monique Soares Vieira (2016) acerca da violência sexual infantojuvenil, ressaltou-se que as desigualdades se acentuaram com o sistema econômico

capitalista, o qual conduziu à banalização do ser humano e a desumanização das relações pessoais. Quanto à violência sexual, pontuou a sua naturalização, decorrente de um sistema patriarcal (no qual o agente dominador, dotado de autoridade, concentra-se na figura do homem); ainda, a objetificação da criança e do adolescente, como propriedade da família. Recentemente, essa visão sobre o infante vem sendo modificada, sobremaneira no plano legal com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente. Por outro lado, persiste uma ótica que desconsidera a constituição psíquica da criança e do adolescente, tornando-os facilmente submissos, dominados e coisificados. Ou seja, essas duas visões estão presentes hoje: uma protetiva e outra violadora.

Observa-se que a violência interindividual (da qual a sexual é exemplo mais radical) não é resultado exclusivo de personalidades desajustadas, violentas ou abusivas. Em grande medida ela reflete a cultura de violência (em quaisquer de suas formas) presente na sociedade, na qual o outro, por não ser visto como um igual, a despeito de suas diferenças, torna-se objeto de controle, de poder, de dominação. Outrossim, ressalta-se que não se está a delimitar que apenas meninas são alvo de violência na sua forma sexual; no entanto, cotidianamente, relatos, índices e noticiários enfatizam que as desigualdades de gênero afetam crianças e adolescentes do sexo feminino com incidência muito superior que aquelas do sexo masculino.

3. A VIOLÊNCIA SEXUAL COMO MANIFESTAÇÃO DE PODER, NÃO DE DESEJO: A CULTURA DO ESTUPRO

"Nunca ninguém sabe se estou louco para rir ou para chorar... Por isso o meu verso tem esse quase perceptível tremor... A vida é triste, o mundo é louco! Nem vale a pena matar-se por isso. Nem por ninguém. Por nenhum amor... A vida continua, indiferente!" (QUINTANA, 2005, p. 114). *Nunca* se trata de um dos poemas que integra a obra "A cor do invisível", de Mario Quintana. O escrito se compatibiliza com o tema sob análise, na medida em que o encontro cotidiano com relatos de violência sexual faz crer que o mundo efetivamente é "louco", e a vida, para quem sofre as dores e marcas indeléveis dessa violência, certamente é triste, desumana e indiferente.

Dentre o arcabouço da violência sexual, o estupro é a forma mais conhecida. É o representativo desta espécie de violência, portadora das características de ser repugnante, doentia, vilipendiosa e dolorosa, ao mesmo tempo que indescritível e traumática. Apesar disso, sua prática não só é comum, como banalizada, a ponto de se afirmar a existência de uma "cultura do estupro", em ambos os sentidos que a expressão permite. A cultura do estupro mostra-se presente em um contexto que, de tão corriqueiros e frequentes os casos, a sua prática passa a ser naturalizada. Por outro viés – que não desconsidera a anterior, mas a complementa –, a expressão corresponde à culpabilização das vítimas de tais atos, porquanto a violência sexual se insere supostamente em um comportamento próprio de homens (NIELSSON; WERMUTH, 2018).

Nielsson e Wermuth (2018) analisam a presença massiva da violência sexual no país, tanto hoje quanto no passado. A saber, desde o período em que as terras tupiniquins foram

colonizadas, com o abuso de mulheres indígenas, seguidas por aquelas que foram forçadas a ingressar no território. Inobstante o fato de que esse cenário não se alterou na atualidade, em suas verdadeiras raízes, a conclusão de que “estuprar” integra a lógica cultural não é oriunda do Brasil, cujo termo “[...] foi utilizado pela primeira vez por feministas norte-americanas na década de 1970 e sugere que determinada sociedade cultiva crenças e convenções que naturalizam a violência sexual contra as mulheres” (NIELSSON; WERMUTH, 2018, p. 174).

O ato de estuprar mostra-se presente de maneira individual e coletiva, sendo considerada, esta última, uma característica coletiva que denuncia o estupro como caráter cultural, na acepção da antropóloga Debora Diniz, professora da Universidade de Brasília (COLLUCCI, 2017). Dados do Ministério da Saúde divulgados pelo jornal Folha de São Paulo dão conta de que, no Brasil, por dia, são praticados em média, dez estupros coletivos. Acre, Tocantins e Distrito Federal lideram as taxas por cem mil habitantes (COLLUCCI, 2017). Todavia, as conclusões da pesquisa podem ser ainda mais alarmantes, tendo em vista o fato de que as ocorrências desta natureza muitas vezes não chegam ao conhecimento dos órgãos públicos (ao que se reconhece por subnotificação). São seus possíveis fatores: a culpabilização da vítima, sobretudo em crimes sexuais (como uma das circunstâncias que reprimem o registro policial do fato); a violência praticada pelo próprio aparato público, na forma de produção da prova; sem olvidar da tolerância social (COLLUCCI, 2017; PAPLOWSKI, 2018).

Segundo Daniel Cerqueira, pesquisador do Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), esses dados são apenas uma parcela das efetivas ocorrências: “infelizmente, é só a ponta do iceberg. A violência sexual contra a mulher é um crime invisível, há muito tabu por trás dessa falta de dados” (COLLUCCI, 2017, s.p.). E complementa: “Muitas mulheres estupradas não prestam queixa. Às vezes, nem falam em casa porque existe a cultura de culpá-las mesmo sendo as vítimas” (COLLUCCI, 2017, s.p.). À semelhança do que ocorre com mulheres adultas, repete-se em face de crianças e adolescentes, por um conjunto complexo e multifacetado de motivos, a exemplo do medo, da culpa, da falta de compreensão da realidade e também da síndrome do segredo. Reconhecer esta circunstância corresponde a reconhecer, igualmente, que os números podem ser mais elevados.

A perpetração do estupro em geral, do ano de 2011 a 2016, praticamente dobrou no Brasil. Em 2011, foram registrados cerca de 12.087 casos a partir de dados de unidades de saúde. Em 2016, esse número chegou a 22.804 (COLLUCCI, 2017). Em Nota Técnica divulgada pelo Ipea em março de 2014, a partir da análise de registros do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN), gerido pelo Ministério da Saúde, constatou-se que anualmente ocorrem em média 527 mil tentativas ou casos de estupros consumados no país, dos quais 10% são reportados à polícia (CERQUEIRA; COELHO, 2014). Evidencia-se, novamente, a margem de desconhecimento quantitativo real de violência sexual que ocorre no país brasileiro, o que causa maior necessidade de discutir a temática. Observa-se também a possível proporção absurda de casos do tipo, circunstância desprovida de paralela discussão social, exceto determinados casos que são reconhecidos como o ápice.

O número especulado pelo Ipea (de 527 mil ocorrências) é extremamente grave e revela que, em uma hora, cerca de sessenta pessoas são vítimas da tentativa ou da consumação do estupro no Brasil. A mesma pesquisa apontou que, dentre as pessoas vitimizadas, aproximadamente 90% dos casos são mulheres; quanto à idade das vítimas, 70% são crianças ou adolescentes (apenas 30% contam idade superior a 18 anos). Ainda, indicou que “a maio-

ria esmagadora dos agressores é do sexo masculino, independentemente da faixa etária da vítima, sendo que as mulheres são autoras do estupro em 1,8% dos casos, quando a vítima é criança” (CERQUEIRA; COELHO, 2014, p. 9). As circunstâncias de gênero que demarcam majoritariamente as vítimas e os agressores convergem à discussão sobre de que maneira estereótipos de gênero influenciam no comportamento e na vida das pessoas na sociedade hodierna.

Estima-se que durante a infância e a juventude os agressores são aqueles que mantêm maior contato com a criança ou o adolescente, justamente quem possui relação de afeto e/ou de familiaridade com o violentado. Entretanto, o cenário se modifica no decorrer do desenvolvimento etário da pessoa vitimizada:

[...] 24,1% dos agressores das crianças são os próprios pais ou padrastos e que 32,2% são amigos ou conhecidos da vítima. O indivíduo desconhecido passa a configurar paulatinamente como principal autor do estupro à medida que a idade da vítima aumenta. Na fase adulta, este responde por 60,5% dos casos. No geral, 70% dos estupros são cometidos por parentes, namorados ou amigos/conhecidos da vítima, o que indica que o principal inimigo está dentro de casa e que a violência nasce dentro dos lares. (CERQUEIRA; COELHO, 2014, p. 9).

Desta perspectiva, é nítida a constante relação de proximidade que o autor da violência sexual possui com a pessoa ofendida, sobretudo quando a vítima é infante. Com frequência, os agressores registram a violência na forma de vídeos e fotografias, como se a horrenda prática fosse um mérito. A culpa, dor e vergonha recaem, ao contrário, na pessoa ofendida, ao passo que o violentador demonstra exercer o controle do corpo de outrem sem remorso. O meio social, ao tomar conhecimento de tais fatos age como perquiridor das causas da violência, mas, paradoxalmente, questiona os hábitos, as vestimentas e o comportamento da própria pessoa violentada, majoritariamente do sexo feminino. “Chamamos isso de culpabilização da vítima, comportamento diretamente relacionado à cultura do estupro” (LARA, RANGEL; MOURA; BARIONI; MALAQUIAS, 2016, p. 164).

Lara, Rangel, Moura, Barioni e Malaquias (2016) analisam a violência sexual contra a mulher como uma violência simbólica, através da qual o estupro não se manifesta diretamente, mas por intermédio de hábitos, de discursos que justificam e toleram determinados atos de abuso. Essa cultura (co)existe em um país que criminaliza a sua prática, inclusive como crime hediondo, alvo de repressão mais severa. Sustentam as autoras que, tal como a violência doméstica, o estupro é apenas o extremo visualizado, ou seja, a ponta do *iceberg*, “cuja parte submersa e que dá sustentação a tudo isso são violências sutis, naturalizadas e reproduzidas no senso comum” (LARA, RANGEL; MOURA; BARIONI; MALAQUIAS, 2016, p. 165). São as mesmas condutas que, invisivelmente, reforçam a superioridade masculina sobre a feminina e intensificam, a partir de então, diversas práticas truculentas, ainda que não deixem vestígios materiais.

Pode-se dizer que o estupro representa antes o exercício de poder sobre o corpo do que a satisfação do desejo sexual. Dito de outro modo: que o estupro se assenta em questões sociais e culturais acima das de ordem psicológica. Nos contextos de violência sexual em face de infantojuvenis, “esta violência, manifesta, concretamente, uma relação de poder que se exerce pelo adulto ou mesmo não adulto, porém mais forte”, em um “[...] processo de apro-

priação e dominação não só do destino, do discernimento e da decisão livre destes, mas de sua pessoa enquanto outro” (FALEIROS, 1998, p. 43).

Por este mesmo prisma, Vera de Andrade (2005) defende que o desejo não se trata de elemento basilar à prática do estupro: “sabe-se, hoje, [...] que não se trata de conduta voltada, prioritariamente, para a satisfação do prazer sexual (lascívia desenfreada), como também preconiza o discurso criminológico e jurídico-penal oficial e o senso comum” (ANDRADE, 2005, p. 95-96). Igualmente pontua que o espaço no qual a violência sexual ocorre com maior frequência é dentro do espaço doméstico, no âmbito das relações previamente constituídas entre ofensor e ofendida, sendo o uso da sexualidade um modo de expressão de relações de poder. Prossegue e assinala que:

As mulheres começaram a dar-se conta de que o estupro (assim como os maus-tratos, o incesto, a prostituição, o assédio sexual no trabalho etc.) são fenômenos de uma estrutura de poder, a existente entre homens e mulheres, e o argumento da violência individual foi cedendo lugar ao argumento da violência estrutural. (ANDRADE, 2005, p. 96).

É assim que o retrato se repete. Mudam-se os personagens, mas o cenário é o mesmo: a violência sexual intrafamiliar (que também é perpetrada externamente às relações do núcleo) contra crianças e adolescentes ocorre há muito tempo. Sucede que a sua prática, desde o princípio, é velada, da mesma forma que pouca credibilidade se confere à palavra da criança, vista neste contexto como sedutora e maliciosa ou, ainda, como fantasiosa.

4. ABUSO SEXUAL PRATICADO CONTRA O PÚBLICO INFANTOJUVENIL: ABORDAGEM DA PEDOFILIA E DE OUTROS CONCEITOS BÁSICOS

Incontáveis pesquisadores(as) que estudam esta temática desejam em suas obras, de antemão, um mundo de mais amor e respeito às crianças e aos adolescentes. Não é novidade afirmar o reconhecimento doutrinário, legislativo e científico das peculiares condições de desenvolvimento sobre o público infantojuvenil. Não fosse o suficiente, a academia discute cotidianamente sobre seus direitos, todavia nem sempre sob os olhos da violência que sofrem, mas acerca de seu “plus” (compreendido como o acréscimo de proteção promovido pela doutrina da proteção integral). Em oposição ao debate, contudo, quanto ao fenômeno da violência sexual prepondera o silêncio. Anthony Giddens (2008), a respeito da visibilidade do problema, aduz que o abuso sexual infantil ganhou espaço de discussão nas últimas décadas e que, diante dos tabus atinentes à sexualidade, essa prática era pouco comum. Todavia, revelou um fato assustadoramente banal. Na atualidade, tanto o conhecimento da prática de violência sexual quanto a existência de mecanismos de proteção tornaram-se mais acessíveis pelos meios de comunicação em geral.

A compreensão da violência sexual contra o público infantojuvenil exige perpassar por conceitos básicos específicos, tais como o abuso, a exploração sexual e a pedofilia (objetivo específico desta seção). Isso será possível mediante a análise normativa (de lei em tese), jurisprudencial (de determinada decisão judicial), doutrinária (no âmbito da psicologia e do

direito) e de notícias coletadas quando da realização da pesquisa (que compreende a produção de materiais jornalísticos).

A concretização da violência sexual se tem por aquilo que preferiu normativamente denominar de exploração e de abuso sexual, formas distintas daquela. A primeira possui íntima relação com a ideia de remuneração e de contraprestação, o que não afasta o caráter violentador da conduta, sobretudo se praticada contra o público aqui referido, levando-se em consideração as condições físicas e psíquicas de desenvolvimento de crianças e adolescentes. O ato sexual, na exploração, é uma troca, que pode ser observada através de valores ou presentes, *superobjetificando* o infante. Com relação ao abuso, pode ser qualquer situação na qual o infante é utilizado "para gratificação sexual de outrem" (PÖTTER 2016, p. 97). Nesse cenário não há o caráter da criança como mercadoria (a exemplo do que ocorre na exploração sexual), mas como objeto para satisfação ou estimulação sexual adulta, geralmente ocorrendo em conjunto com violência psicológica, na forma de ameaças. A respeito, a Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017, em vigor desde abril de 2018 – que estabelece mecanismos para controlar a violência institucional (decorrente do processo de apuração da violência) –, distingue abuso de exploração sexual em seu artigo 4º, inciso III, *in verbis*:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência: [...]

III - violência sexual, entendida como qualquer conduta que constranja a criança ou o adolescente a praticar ou presenciar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, inclusive exposição do corpo em foto ou vídeo por meio eletrônico ou não, que compreenda:

a) abuso sexual, entendido como toda ação que se utiliza da criança ou do adolescente para fins sexuais, seja conjunção carnal ou outro ato libidinoso, realizado de modo presencial ou por meio eletrônico, para estimulação sexual do agente ou de terceiro;

b) exploração sexual comercial, entendida como o uso da criança ou do adolescente em atividade sexual em troca de remuneração ou qualquer outra forma de compensação, de forma independente ou sob patrocínio, apoio ou incentivo de terceiro, seja de modo presencial ou por meio eletrônico. (BRASIL, 2020c, s.p., grifou-se).

A respeito, vale pontuar a menção normativa que indica a caracterização da violência ainda que ela não se dê presencialmente, ou seja, se praticada por meio eletrônico (como nas redes sociais). Em ambas, na exploração ou no abuso, presente está o caráter de dominação e abuso de poder sobre os corpos infantojuvenis, os quais são submetidos a vontade e interesse do violentador, induzidos os forçados a manter a relação, ferindo o direito de viver em condições livres de qualquer comportamento violento, agressivo ou que ofenda a dignidade. "Trata-se de uma violação dos direitos humanos universais e dos direitos peculiares à pessoa em desenvolvimento, negando a ela o direito ao desenvolvimento sadio de sua sexualidade" (CHILDHOOD, 2017, s.p.). A tipificação penal da conduta lesiva depende do ordenamento jurídico vigente, que é regido pelo princípio da legalidade. Deve-se observar que a forma denominada de "abuso sexual" não é tipificada nacionalmente como crime. Trata-se, em verdade, de expressão para caracterizar diversos outros atos, como o estupro.

A pedofilia, por sua vez, não se trata por si só de norma criminalizadora, mas de um comportamento psíquico. Encontra-se no plano médico antes do plano jurídico. Para a

doutrina psicanalítica, a pedofilia se caracteriza pelo desvio, distúrbio na conduta sexual. É referenciada, por vezes, como perversão, cujo termo inicialmente foi abordado por Sigmund Freud (CASTRO; BULAWSKI, 2011). A Organização Mundial da Saúde, em seu Cadastro Internacional de Doenças⁵ (CID 10), cataloga pedofilia como um transtorno de preferência sexual (F65.4). É da psicanálise que também se extrai a relação de pedofilia com a impotência do indivíduo, que sustenta um agir “pedofílico” para exercer sua sexualidade sobre outrem de maior vulnerabilidade. “Por se tratar de uma pessoa sexualmente inibida, o agente tende a escolher como parceiro uma pessoa vulnerável, possuindo sobre ela uma ilusão de potência” (CASTRO; BULAWSKI, 2011, p. 8). É dessa forma que exerce a ideia de domínio, controle e poder, sem a necessidade de efetivo contato ou ato sexual com o infante, bastando, para ser considerado clinicamente como pedófilo, o agente que nutre constante e obsessivo desejo, fantasias sexuais e/ou atração por crianças ou adolescentes (CASTRO; BULAWSKI, 2011).

Há que se observar, no entanto, que nem todas as pessoas que violentam sexualmente crianças e adolescentes são pedófilas, porquanto para assim incorrerem haverá de se fazer presente a patologia e seus elementos caracterizadores (tais como a reiteração de atos, atração sexual compulsiva e obsessiva por infantes e adolescentes, entre outros). Do mesmo modo, ser pedófilo não significa ser abusador, necessitando exteriorizar sua conduta e atingir direitos de outrem para assim ser caracterizado, seja através de contato físico ou virtual. Pontua-se que há pessoas portadoras do desvio sexual que, no decorrer de toda sua vida, jamais violaram a dignidade sexual de infantes, apenas nutrindo na sua esfera íntima a perturbação sexual.

Embora considerada doença, pairam constantes dúvidas a respeito da possibilidade de cura, cuja incidência doutrinária repousa na impossibilidade. Nessa toada, Denis Caramigo (2017) observa a inexistência de cura para a pedofilia e que, quem dela padece, “[...] deve ter acompanhamento clínico constante para que não exteriorize a sua patologia. Há de se dizer que nem todo pedófilo é um ‘criminoso’. Só comete crime aquele que exterioriza a sua pedofilia” (CARAMIGO, 2017, s.p.).

Em uma rica análise social do fato, Jane Felipe (2012) estuda a pedofilia como prática social contemporânea, visivelmente no cenário nacional, na medida em que vige uma proteção normativa a crianças e adolescentes, ao mesmo tempo em que há a disponibilização dos seus corpos, sobretudo os femininos, como desejáveis (ao que denomina de espetacularização dos corpos e da sexualidade) – comportamento que se apresenta através de letras musicais, imagens editadas por revistas, meios de comunicação, dentre outros. Em suas palavras, são vislumbradas contradições que se mostram interessantes nas sociedades contemporâneas,

[...] pois ao mesmo tempo em que se criam leis que visam a proteger a infância e a adolescência contra os maus-tratos, a negligência, o abandono, a violência/abuso sexual, a exploração sexual e a pedofilia, por outro lado, essa mesma sociedade legítima determinadas práticas sociais, seja através da mídia – publicidade, novelas, programas humorísticos –, seja por intermédio de músicas, filmes etc., em que os corpos infantojuvenis são visibilizados

5 Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, ou CID, é o padrão internacional para registro, análise, comparação (dentre outros) de doenças e mortes. O documento é a base para identificar tendências e estatísticas de saúde a nível global, desenvolvido pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Para cada estado de saúde é atribuída uma categoria única, que corresponde a um código. Uma nova versão entrará em vigor a partir de 2022 (11ª versão) (OPAS, 2020).

de forma extremamente erotizada, através de expressões, gestos, roupas e falas, modos de ser e de se comportar. Corpos que se colocam como objeto de desejo e de consumo. (FELIPE, 2012, p. 32).

A respeito, há o caso de "hipersexualização" da atriz Millie Bobby Brown, de 13 anos, integrante do elenco da série americana "Stranger Things"⁶. A menina, quando vista nas telas, apresenta-se como criança, iniciando seu período de adolescência. Contudo, seus perfis nas redes sociais, as capas de revistas que protagonizou e as imagens de divulgação da série denotam ser pessoa adulta, bem mais velha do que é aparentemente. A esse fenômeno dá-se o nome de "adultização", que é a antecipação do fim da infância. Em matéria elaborada pelo Coletivo Não Me Kahlo (ALVAREZ, 2017), que enfrentou a questão sob o ponto de vista crítico, foi possível identificar as questões específicas nas imagens de Millie, com vestimentas intencionalmente organizadas pela produção televisiva, objetivando aparentar ser pessoa adulta como forma de aceitação social. "Isso nos mostra como a indústria do entretenimento sutilmente incentiva a sexualidade infantil. Apesar de não ser de uma forma explícita, isso influencia crianças a sentirem a necessidade de serem sensuais" (ALVAREZ, 2017, s.p.).

O descompasso apontado pela educadora Jane Felipe (2012) torna-se facilmente perceptível, porquanto os avanços almejados a crianças e adolescentes em direitos e garantias acaba por camuflar o paradoxal contexto social que os sexualiza constantemente, além de imprimir-lhes o "desejo em ser adulto" como natural e típico de toda criança. E isso não se refere apenas à realidade brasileira, é um comportamento global. Há, neste passo, uma inversão de papéis, já que, para ser aceita socialmente (ressaltando a celeuma sobre os corpos femininos), deverão as garotas serem dotadas de comportamentos sexuais, polemicamente, de um corpo esbelto e atraente. Ou seja, é para a aceitação pelo público masculino, que o visualiza como um objeto de desejo e para satisfação de interesses pessoais.

A realidade local, a brasileira, também possui seus contextos de erotização precoce de meninas, como é o caso de Gabriella Abreu Severino (ou MC Melody). A menina, nascida no ano de 2007, é cantora dos estilos pop e funk, cuja ascensão no mundo da música se tornou um caso muito comentado, especialmente em 2015, quando contava a idade de oito anos. Apesar da pouca idade, Gabriella já se inseria em um universo adulto e sexual, gravando vídeos nos quais cantava letras com alto teor sexual (DEBORA, 2018). A negligência familiar nesse sentido e o impacto individual e coletivo que a hipersexualização acarreta promovem visões deturpadas sobre a menina em si, assim como sobre as demais crianças, que compreendem um perfil de aceitação e tendem a reproduzi-lo. Conseqüentemente, infâncias são ceifadas pela conduta pessoal/social negligente, pelos meios de comunicação e pela "apreciação" de seu conteúdo pelo público.

Outro tema importante neste conjunto de debates é o incesto. Isso porque, ao apreciar dados estatísticos que indicam a grande quantidade de casos envolvendo violência sexual no âmbito intrafamiliar, isso também implica a observação de qual relação que o agressor possui com a pessoa violentada. O incesto se trata de relação sexualizada que ocorre entre pessoas da mesma família. Como possível causa da dinâmica familiar incestuosa está a crise da estrutura familiar (PÖTTER, 2016). Em conjunto, as condições econômicas e sociais

6 Em tradução livre, "Stranger Things" significa "coisas mais estranhas". A série é uma produção da provedora global Netflix e possui, até o mês de junho de 2020, três temporadas. A ficção científica se desenvolve a partir do desaparecimento de um garoto, quando, então, toda a cidade empreende buscas para encontrá-lo. Contudo, o que se apresenta são segredos, forças sobrenaturais e uma menina.

também exercem influência, a exemplo da insuficiência de espaço físico e do uso de substâncias psicoativas (com ênfase para o álcool). Em termos específicos, o incesto também é conhecido como abuso sexual intrafamiliar.

A presença de crises conjugais, bem como a falta de amor dos genitores ou responsáveis, pai ou mãe sexualmente perturbados, subversão das normas, valores e expectativas sociais dos membros familiares acabam fragilizando as relações e propiciam a violência que amotina os membros da família, em especial as crianças e os adolescentes. A disfuncionalidade na estrutura familiar, dessa forma, pode levar ao incesto. (PÖTTER, 2016, p. 69).

A pedofilia e o incesto como práticas sociais contemporâneas desviantes revelam-se presentes não apenas no segmento televisivo, mas também musical, com aceitação popular que leva a crer na falta de percepção social da pretensão das letras. Na linha do já exposto, acerca do duplo cenário que se observa no Brasil, por infantes gozarem de proteção legislativa ao mesmo tempo em que há incentivo à exposição de seus corpos, a banda gaúcha "Bidê ou Balde"⁷ lançou no ano de 2000 uma canção que se tornou polêmica. A letra da música, denominada de "E por que não?", foi alvo de discussão por fazer apologia à pedofilia e ao incesto, bem como por banalizar a violência contra infantojuvenis:

Eu estou amando a minha menina
E como eu adoro suas pernas fininhas
Eu estou cantando pra minha menina
Pra ver se eu convenço ela a entrar na minha
E por que não?
Teu sangue é igual ao meu, é igual ao meu
Teu nome fui eu quem deu
Te conheço desde que nasceu
E por que não?
Eu estou adorando
Ver a minha menina
Com algumas colegas
Dela da escolinha
Eu estou apaixonado
Pela minha menina
O jeito que ela fala, olha,
O jeito que ela caminha.
(BEOLCHI, 2018, s.p.).

A evidência do incentivo ao incesto se dá, enfaticamente, quando a letra menciona "E por que não?", se teu sangue é igual ao meu, se teu nome fui eu quem deu, deixando claro um vínculo de filiação entre aquele que fala e a menina (a de pernas fininhas, acompanhada das colegas). A oitava da letra musical gera desgosto, vez que o caráter de um certo desejo

7 Banda formada em Porto Alegre, no estado do Rio Grande do Sul, em 1998. Do gênero rock, participou do projeto "Acústico MTV: Bandas Gaúchas", da MTV Brasil.

nutrido por um pai pela sua filha, o qual objetiva que a infante “entre na minha”. Inegável, portanto, a referência, o incentivo e a banalização da violência sexual intrafamiliar.

Diante da flagrante ofensa a direitos fundamentais infantojuvenis, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, por intermédio da Promotoria Especializada da Infância e da Juventude da Comarca de Porto Alegre, promoveu Ação Civil Pública em face do grupo musical, da *Acit Comercial Fonográfica* e da *Sony Music Entertainment*. Em acesso ao teor decisório de recurso de agravo de instrumento⁸, interposto pelo *parquet*, julgado pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça gaúcho, em dezembro de 2005, observa-se que foi parcialmente provido. O objetivo consistia em, liminarmente, obter a proibição de divulgação de CD’s da Banda *Bidê ou Balde* (“Acústico MTV Bandas Gaúchas” e “Se Sexo é o Que importa, só o Rock é sobre Amor”), além de faixa da referida música que constava em DVD, através dos veículos de comunicação do estado, sob pena de incidência de multa diária em prol do Fundo Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente. Ainda, postulava-se em caráter de antecipação de tutela a notificação das gravadoras e da banda para publicação de nota em imprensa, assim como recolhimento do conteúdo digital em mercado, sob pena de multa (RIO GRANDE DO SUL, 2018). Cumpre transcrever trecho da fundamentação exposta pelo Relator (Desembargador Ricardo Raupp Ruschel), que bem analisou a ótica aqui visada:

Como se vê, não se trata, à evidência, de poesia de amor paternal, senão que amor carnal “pela minha menina”, já que nenhum pai nutre “adoração de suas pernas fininhas” e nem precisa “cantar... pra ver se eu convenço ela a entrar na minha”. Ratifica tal interpretação a circunstância da conhecida supressão, do texto original, da palavra “não” dos versos do refrão: “Teu sangue (não) é igual ao meu... Teu nome (não) fui eu quem deu...”, revelando-se efetiva confissão do propósito provocativo, atentatório e criminoso, ofendendo os direitos fundamentais à dignidade, ao respeito e à liberdade, como pessoas humanas, das crianças e adolescentes, tão claramente estabelecidos no artigo 227, *caput*, da CF, e ratificados nos artigos 3º e 4º da Lei 8.069/90. (RIO GRANDE DO SUL, 2018, s.p.).

Em complemento, o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos narra que se faz necessário “[...] atentar que a letra musical em exame, apesar de não ser ostensivamente pornográfica, é mais grave do que isso, pois contém uma clara sugestão de que a pedofilia e o incesto são comportamentos perfeitamente aceitáveis (‘E por que não?’)”, e complementa: “quando sabemos todos que se trata de uma manifestação doentia de personalidade (tecnicamente uma ‘perversão’), que causa em suas vítimas profundos e indeléveis traumas, que carregarão por toda a vida” (RIO GRANDE DO SUL, 2018, s.p.).

A inserção da violência sexual no ambiente familiar nem sempre é acompanhada pela força. Por vezes, é naturalizada, o que ocorre sem a percepção de sua ocorrência, principalmente quando se está a falar de crianças, diante do desenvolvimento cognitivo peculiar. Ao mesmo tempo, deve ser levada em consideração a representação psicológica da figura paterna (autoridade para o infante), além de que o genitor representa o justo, correto e ideal portador do discurso da verdade (o que pode fazer parecer que o incesto é algo normal). Desse modo, a existência e a aceitação de letra musical que incentiva o incesto pode se tornar ainda mais pernicioso no contexto da violência intrafamiliar, porque corroboram a acei-

8 De nº 70013141262, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, julgado em 07 dez. 2005.

tabilidade e a normalidade do abuso. A respeito, o eminente Desembargador Luiz Felipe tece que:

Atente-se para essa relevantíssima observação acerca de que a denominada “coerção sutil” constitui, em muitos casos, a estratégia dos pais incestuosos. Com efeito, é justamente nesse contexto que obras, ditas “artísticas”, como essa, se inserem, pois, na medida em que busca apresentar o incesto como algo absolutamente normal e aceitável (“E POR QUE NÃO?”), contribuem para que a “coerção sutil” alcance sua abjeta finalidade. Observe-se que para a criança, o pai, por ser a figura maior de autoridade, é o portador do discurso da verdade. Logo, o que ele diz é, em princípio, certo e justo. Dessa forma, especialmente em crianças de tenra idade, o incesto pode parecer, de início, algo absolutamente correto e normal, porque assim é apresentado pelo pai. Essa estratégia fica bastante reforçada se forem tidas como aceitáveis obras que buscam banalizar essa conduta. (RIO GRANDE DO SUL, 2018, s.p.).

Uma vez que o feito tramitou sob segredo de justiça, não foi possível apreciar os termos de sua sentença, posteriormente exarada. Contudo, em caráter liminar, não houve proibição à divulgação e à comercialização do conteúdo, mas restou imposta a necessidade de veicular que a letra contém estímulo e banalização à violência sexual contra crianças, além de multa sobre o faturamento. Atualmente a canção foi regravada, com algumas modificações.

Sutilmente, a convivência em coletividade é acompanhada do hábito histórico, cultural e social que sexualiza infantes. Velando pela dignidade infantil, o Conselho Nacional de Justiça, em outubro de 2017, lançou a campanha “Criança Não Namora”, no intuito de provocar o debate sobre o tema em apreço, enraizado nas mais diversas sociedades (BRASIL, 2018). Tal comportamento, que precocemente atribui o desenvolvimento da sexualidade a crianças, representa o que se conhece por adultização, ou seja, a supressão da fase da infância e da adolescência pela inserção de concepções da vida adulta. Em contrapartida, mostra-se saudável ressaltar que a visibilidade de tais problemas ainda encontra muitos desafios, sobretudo no ambiente doméstico, no qual há dificuldades para um diálogo consciente e reflexivo. Até porque, a exemplo da prática do incesto, antes narrada, muitos desses atos corrosivos são praticados no seio de famílias desestruturadas⁹. Se já apresenta tal insucesso, o que afirmar a respeito da dignidade infantojuvenil?

Muitas das questões aqui discutidas, portanto, são ocultadas por dois modos, seja através do segredo que impera no ambiente violentador, seja através da ocultação social (com ênfase à indústria midiática). Torna-se cristalino um dos passos necessários para o enfrentamento da violência sexual (principalmente se considerada na sua esfera intrafamiliar): torná-la visível. E, para que seja *descoberta*, o rompimento do “pacto de silêncio” é imprescindível. Todavia, não se pode imputar apenas à pessoa ofendida a responsabilidade pelo enfrentamento do processo cruel que suporta, carece-se, desse modo, de medidas preventivas que enfrentem as causas do fenômeno, cuja profundidade vai muito além do que se aproxima aos olhares distraídos. O seu impedimento também necessita de importantes modificações no aspecto cultural, já que as práticas costumeiras mantêm arraigadas, desde

⁹ O sentido de “famílias desestruturadas”, utilizado neste estudo, compreende a ideia de disfuncionalidade na estrutura familiar, através de indicadores como: crises conjugais, perturbações sexuais dos genitores, agressividade dos pais, subversão das normas e uso do álcool – para citar alguns exemplos, como os mencionados por Luciane Pötter (2016).

longa data, a violência, sobretudo de gênero, marcada por relações de poder e de dominação, como especificamente observado em momento anterior (a respeito da cultura do estupro).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerada crime, evento traumático e até doença, a violência circunda por grandes campos, cuja ênfase traçada neste breve estudo se deu no sentido sociológico. A transcendência do fenômeno da violência sexual dos discursos exclusivos que a justificam no campo da (in)consciência humana, a sustentar patologias e desejos, permitiu repensá-la como fenômeno social, por intermédio da problemática de banalização da própria violência, do corpo feminino, das questões atinentes ao gênero, da cultura do estupro, entre outros.

No espaço social, muitas causalidades emergem por origens mais profundas do que as compreensões iniciais podem crer. Tratam-se de situações que no mais das vezes se desenvolvem de forma velada, dentre elas a violência, em especial na sua forma sexual. No intuito de discuti-la, especialmente a praticada contra crianças e adolescentes, senti-la e enfrentar a celeuma, que o presente trabalho foi desenvolvido.

No âmbito familiar e das relações próximas ao infantojuvenil concentram-se a maior parte dos casos do tipo, afetando igualmente as variadas classes sociais e econômicas. A própria violência, que se desdobra em tantos modos de ser, tem na forma sexual o extremo do caráter doloroso, se fazendo reiteradamente acompanhar de outras modalidades, como a psicológica. Nesse sentido é que se verifica o pacto de silêncio, grande característica do processo de violência intrafamiliar e que garante a sua manutenção. A pedofilia, por seu turno, trata-se de doença que acomete uma parcela dos abusadores, mas não a sua integralidade, e está presente de diversos modos no comportamento social, reproduzidos pelos meios de comunicação.

Em verdade, torna-se clara a erotização dos corpos infantis no cenário nacional, juntamente com a luta pela proteção integral e concretização de direitos humanos à população infantojuvenil. Constatou-se que, dos dados coletados pelo Ipea (2014), 88,5% das ocorrências de estupro registraram vítimas do sexo feminino e mais da metade delas contava idade inferior a treze anos, o que, sem titubeações, é extremamente alarmante, haja vista as devastadoras consequências psicológicas, especialmente para pessoas em formação. Quanto ao autor, a maioria dos agressores é do sexo masculino, independentemente da idade da pessoa ofendida, cujos registros apontam para a autoria por parte de mulheres em menos de 2% dos casos (CERQUEIRA; COELHO, 2014). A mesma pesquisa também verifica que as pessoas próximas figuram, com frequência, como perpetradoras da violência (tais como pais, padrastos, amigos e conhecidos do núcleo familiar).

Na medida em que a idade da vítima aumenta, o indivíduo desconhecido se insere também neste horrendo rol, cujas causas variam e se acentuam em contextos de famílias disfuncionais (na acepção traçada por Luciane Pötter), com histórico de violência e perturbações de ordens psíquica e social. Contudo, tem-se ciência que, pelas particularidades dos crimes desta natureza, muitos fatos sequer chegam ao conhecimento dos órgãos públicos, a que se denomina de subnotificação.

Tristemente, o processo vitimizatório não finda com o ato primário da violência, podendo vir a ocorrer o que se denomina de revitimização, consistente na repetição da violência, igualmente dolorosa à vítima, protagonizada pelos órgãos públicos responsáveis pela proteção da pessoa vitimizada e pela persecução penal. O espaço social, por vezes, também figura como repetidor da violência (a exemplo de quando culpabiliza a vítima). Além do silêncio, a identificação dos fatos encontra fortes obstáculos. O estupro, modo mais corrosivo da violência em tela, possui mais facilidade para ser caracterizado, isso em razão dos sinais físicos, cumprindo ressaltar que ele atinge não só meninas, mas também meninos, atualmente facilitado pela rede mundial de computadores.

Pela frequência e duração desse fenômeno, que acompanha a história da humanidade, é possível afirmar que questões culturais estão na raiz da problemática e se inserem nesse cenário pela desconsideração da condição humana de outrem, pela objetificação do ser através da violência e pela dominação dos corpos como típico comportamento da cultura patriarcal. Enfatizar a faceta social do problema não significa desconsiderar a relação com outros âmbitos, o que foi salientado constantemente no estudo. O intuito, nesse sentir, é refazer o trajeto dominado pelo discurso hegemônico, de que determinadas condutas encontram amparo exclusivo na lógica patológica e de desejo, para, então, possibilitar compreender como a cultura e as relações humanas criam conflitos e são omissas às situações de amargor e consternação. Tornar o problema visível é um grande avanço, e para isso, mostra-se necessário discuti-lo.

REFERÊNCIAS

- ALVAREZ, Rachel. A adultização de Millie Bobby Brown. *Coletivo Não Me Kahlo*, [s. l.], 11 nov. 2017. Disponível em: <https://naomekahlo.com/a-adultizacao-de-millie-bobby-brown/>. Acesso em: 23 nov. 2017.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Seqüência*, Florianópolis, v. 26, n. 50, p. 71-102, jul. 2005.
- BARATTA, Alessandro. Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 06, n. 2, p. 44-61, abr./maio/jun. 1993.
- BEOLCHI, Renato. Bidê ou Balde é acusada de apologia à pedofilia. *Terra*, 21 jul. 2005. Disponível em: <http://musica.terra.com.br/interna/0,,01600005-EI1267,00-Bide+ou+Balde+e+acusada+de+apologia+a+pedofilia.html>. Acesso em: 2 mar. 2018.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: Difusão Editorial; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Mês da criança*: CNJ na proteção de crianças e adolescentes. Brasília, 11 out. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85504-mes-da-crianca-cnj-na-protacao-de-criancas-e-adolescentes>. Acesso em: 3 mar. 2018.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 20 abr. 2020(a).
- BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, dentre outros. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, DF, ano CXLIII, nº 151, 08 de agosto de 2006. Seção 1, p. 1-4. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 10 mar. 2020(b).

- BRASIL. Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069/90. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, DF, ano CLIV, nº 66, 05 de abril de 2017. Seção 1, p. 1-3. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm. Acesso em: 10 mar. 2020(c).
- BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, DF, ano CXXVIII, nº 135, 16 de julho de 1990. Seção 1, p. 01-15. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 20 abr. 2020(d).
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância Sanitária. *Boletim Epidemiológico*, volume 49, n. 27, jun./2018. Disponível em: <http://portal.arquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/junho/25/2018-024.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2019.
- BURCKHART, Thiago. Gênero, dominação masculina e feminismo: por uma teoria feminista do Direito. *Revista Direito em Debate*, Ijuí, ano XXVI, n. 47, p. 205-224, jan./jun. 2017.
- CARAMIGO, Denis. Sim, pedofilia não é crime. *Jusbrasil*, Canal Ciências Criminais, [s. l.], 11 nov. 2017. Disponível em: https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/518445952/sim-pedofilia-nao-e-crime?utm_campaign=newsletter-daily_20171109_6278&utm_medium=email&utm_source=newsletter. Acesso em: 12 nov. 2017.
- CASTRO, Joelíria Vey de; BULAWSKI, Cláudio Maldaner. O perfil do pedófilo: uma abordagem da realidade brasileira. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 6, p. 3-26, jan./abr. 2011.
- CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. *Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar)*. Brasília: IPEA, 2014. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf. Acesso em: 6 nov. 2017.
- CHAUÍ, Marilena de Souza. Ética e violência. *Revista Teoria e Debate*, São Paulo, v. 39, 1998. Disponível em: <https://teoriaedebate.org.br/1998/10/01/etica-e-violencia/>. Acesso em: 29 set. 2019.
- CHILDHOOD BRASIL. *Entenda a diferença entre abuso e exploração sexual*. [S. l.], 24 jan. 2013. Disponível em: <http://www.childhood.org.br/entenda-a-diferenca-entre-abuso-e-exploracao-sexual>. Acesso em: 6 nov. 2017.
- COLLUCCI, Claudia. País registra 10 estupros coletivos por dia; notificações dobram em 5 anos. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 20 ago. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/08/1911346-pais-registra-10-estupros-coletivos-por-dia-notificacoes-dobram-em-5-anos.shtml>. Acesso em: 6 nov. 2017.
- DEBORA. Millie Bobby Brown e a problemática da adultização de meninas. *Valkírias*, [s. l.], 13 abr. 2018. Disponível em: <http://valkirias.com.br/millie-bobby-brown/>. Acesso em: 5 jun. 2020.
- DUSSEL, Enrique D. *16 Tesis de economía política: una filosofía de la economía*. Buenos Aires: Docencia, 2013. p. 13-82. Disponível em: <https://bit.ly/2k13Gpd>. Acesso em: 5 set. 2019.
- FALEIROS, Vicente de Paula. A violência sexual contra crianças e adolescentes e a construção de indicadores: a crítica do poder, da desigualdade e do imaginário. *Revista SER Social*, [s. l.], n. 2, p. 37-56, mar. 1998.
- FELIPE, Jane. Pedofilização como prática social contemporânea nos sites para crianças. *Revista Direitos Humanos* (Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República), Brasília, v. 08, p. 31-34, jan. 2012.
- GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução de Alexandra Figueiredo, Ana Patrícia Duarte Baltazar, Catarina Lorga da Silva, Patrícia Matos e Vasco Gil. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- LARA, Bruna de; RANGEL, Bruna; MOURA, Gabriela; BARIONI, Paola; MALAQUIAS, Thaysa. *#MeuAmigoSecreto: feminismo além das redes*. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2016.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MINAYO, Maria Cecília de S. A violência social sob a perspectiva da saúde pública. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 10, supl. 01, p. 7-18, 1994. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v10s1/v10supl1a02.pdf>. Acesso em: 29 set. 2017.

MOROTTI, Carlos. Vitimização primária, secundária e terciária. *Jusbrasil*, Canal Ciências Criminais, [s. l.], 2015. Disponível em: <https://morotti.jusbrasil.com.br/artigos/210224182/vitimizacao-primaria-secundaria-e-terciaria>. Acesso em: 30 set. 2017.

NIELSSON, Joice Graciele; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. A "carne mais barata do mercado": uma análise biopolítica da "cultura do estupro" no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 34, p. 171-200, dez. 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/26835>. Acesso em: 25 fev. 2020.

OPAS. OMS divulga nova Classificação Internacional de Doenças (CID 11). *Organização Pan-Americana da Saúde*, Brasil, jun. 2018. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5702:oms-divulga-nova-classificacao-internacional-de-doencas-cid-11&Itemid=875. Acesso em: 5 jul. 2020.

PAGANELLA, Eduardo. Decretada prisão preventiva de homem apontado como autor de abuso sexual em supermercado em Porto Alegre. *Zero Hora*, Porto Alegre, 25 set. 2017. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2017/09/decretada-prisao-preventiva-de-suspeito-de-abusar-menina-dentro-de-supermercado-em-porto-alegre-cj80l2yn900je01lhs9uaegw8.html>. Acesso em: 29 set. 2017.

PAPLOWSKI, Schirley Kamile. *Onde foi parar meu anjo da guarda?* O panorama brasileiro da violência sexual infantojuvenil e seus decorrentes impactos jurídicos e psíquicos. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Três Passos, 2018. Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/5487>. Acesso em: 28 mar. 2020.

PÖTTER, Luciane. *Vitimização secundária infantojuvenil e violência sexual intrafamiliar*: por uma política pública de redução de danos. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

QUINTANA, Mario. *A cor do invisível*. 2. ed. São Paulo: Globo, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento nº 70013141262*. Agravo de instrumento. Ação civil pública. Letra de música que faz apologia à pedofilia e ao incesto. Antecipação de tutela. Possibilidade, em termos. Inegável que a letra da música "E por que não", da banda "Bidê ou Balde", materializa apologia ao incesto e à pedofilia, sendo impossível, material e constitucionalmente, a pura e simples extirpação do material do universo social, já entranhada nos lares e à disposição em centenas de "sites" na Internet. Hipótese de reconhecimento judicial da ofensa, com minimização de seus efeitos, com aplicação de multa, por veiculação e decorrente de parcela dos lucros, em benefício de órgão estadual de bem estar do menor. Recurso parcialmente provido, por maioria. Sétima Câmara Cível, Relator: Desembargador Ricardo Raupp Ruschel, julgado em 07 de dezembro de 2005. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 2 mar. 2018.

SANFELICE, Mirela Massia. *Violência de gênero*: um estudo das relações de gênero de homens autores de abuso sexual contra crianças em Santa Maria. Santa Maria: UFSM, 2011. 116 p. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Sociais, Centro de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2011.

SPERB, Paula. No RS, estudante de medicina é preso em flagrante por pedofilia. *Revista Veja*, Rio Grande do Sul, 19 set. 2017. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/rio-grande-do-sul/no-rs-estudante-de-medicina-e-presos-em-flagrante-por-pedofilia/#>. Acesso em: 29 set. 2017.

VIEIRA, Monique Soares. A interface entre a violência sexual contra crianças e adolescentes e a violência de gênero: notas críticas acerca do cenário do município de Porto Alegre. *Revista Margens Interdisciplinar*, [s. l.], v. 9, n. 12, p. 254-269, maio 2016. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/revistamargens/article/view/3075/3096>. Acesso em: 11 nov. 2017.

Recebido/Received: 25.04.2020.

Aprovado/Approved: 09.07.2020.

PRÁTICAS RESTAURATIVAS: UMA NOVA ABORDAGEM DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHERES

RESTORATIVE PRACTICES:
A NEW APPROACH TO PUBLIC POLICIES TO PREVENT
DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN

RODRIGO CRISTIANO DIEHL¹
ROSANE TERESINHA CARVALHO PORTO²
MARLI MARLENE MORAES DA COSTA³

RESUMO

A violência de gênero tem assumido uma posição crescente e constante nos dados oficiais e, por isso, há a necessidade ainda maior de promover mecanismos de prevenção e de enfrentamento. Diante desse cenário, o presente artigo pretende verificar se as práticas restaurativas de fato promovem a efetivação dos direitos de humanos das mulheres que sofrem violência de gênero. Nesse contexto, questiona-se: as práticas restaurativas promovem a efetivação dos direitos de humanos das mulheres que sofrem violência de gênero? Para chegar-se a algumas respostas, buscou-se realizar levantamento de dados sobre os atuais índices de violência de gênero no país; analisar quais são as normativas que disciplinam a aplicação de práticas restaurativas no Brasil e, por fim, trazer alguns exemplos de projetos que já fazem uso de práticas restaurativas em situações envolvendo violência de gênero. Na construção do artigo, usou-se como método de abordagem o dedutivo e como técnicas de pesquisa a bibliográfica e a documental.

Palavras-chave: Gênero. Práticas restaurativas. Políticas públicas. Violência doméstica.

- 1 Doutorando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul com coorientação pelo Programa de Pós-graduação em Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com bolsa Capes. Mestre em Política Social e Serviço Social pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa Capes. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-4869-3112>
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0284855430208386>. E-mail: rodrigocristianodiehl@live.com
- 2 Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Docência no Ensino Superior e em Nova Educação, Metodologias e foco no aluno, ambas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, lecionando na graduação em Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado. Professora na graduação em Direito e na Pós-Graduação Lato Sensu na UNISC da Universidade de Santa Cruz do Sul). Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica & Direitos Humanos (CNPq). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1875-5079>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4041974927424063>. E-mail: rosaneporto@unisc.br
- 3 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, com pós-doutorado em Direito pela Universidad de Burgos, com bolsa Capes. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul. Coordenadora do Grupo de Pesquisas Direito, Cidadania e Políticas Públicas, cadastrado no CNPq. Professora, psicóloga e advogada. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0003-3841-2206>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2928694307302502>. E-mail: marlim@unisc.br

Como citar esse artigo/How to cite this article:

DIEHL, Rodrigo Cristiano; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho; COSTA, Marli Marlene Moraes. *Práticas restaurativas: uma nova abordagem das políticas públicas de prevenção a violência doméstica contra mulheres*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 2, p. 221-234, Maio/Ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i2.7979>.

ABSTRACT

Gender-based violence has assumed an increasing and constant position in official data and, therefore, there is an even greater need to promote prevention and coping mechanisms. Given this scenario, the present article intends to verify if the restorative practices in fact promote the realization of the human rights of women who suffer gender violence. In this context, the question is: do restorative practices actually promote the realization of the human rights of women who suffer gender violence? In order to come up with some answers, we sought to conduct a survey of data on the current rates of gender violence in the country; analyze which are the norms that discipline the application of restorative practices in Brazil and, finally, bring some examples of projects that already use restorative practices in situations involving gender violence. In the construction of the article, the deductive approach was used and the bibliographic and documentary research techniques were used.

Keywords: Domestic violence. Gender. Public policy. Restorative practices.

1 INTRODUÇÃO

A violência de gênero que vitimiza a mulher é um fenômeno ainda subestimado pela sociedade e autoridades responsáveis pelo encaminhamento, acompanhamento e tratamento dos casos. Nesse cenário, o presente trabalho procura compreender a violência doméstica fundamentada em conceitos desenvolvidos pela psicologia e pelos direitos humanos. As representações sociais da violência doméstica neste trabalho são constituídas por aspectos psicossociais, como por exemplo: o alcoolismo, a drogadição, o baixo nível de escolaridade dos pais, o desemprego, baixos salários, que levam a precárias condições socioeconômicas, etc., tudo isso contribui para o desencadeamento de conflitos psicológicos que levam a depressão, e possibilitam a negligência, o abandono e o desenvolvimento de psicopatologias sérias, como a pedofilia, por exemplo. Apesar de ser um crime e uma grave violação de direitos humanos, a violência contra as mulheres segue vitimando milhares de brasileiras diariamente. Dados publicados no balanço dos atendimentos realizados em 2018 pela Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180, revelam que 22,38% das mulheres em situação de violência sofrem agressões diariamente; em 18,6% dos casos, a agressão é semanal.

Nesse cenário de legislações internacionais e movimentos contra a violência de gênero, salienta-se que após a criação da Lei Maria da Penha em 2006, o Estado brasileiro ao ratificar documentos internacionais de proteção à mulher, assumiu, no plano internacional, o compromisso de adotar medidas internas para garantir os direitos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares. Outra inovação em proteção aos direitos femininos, surgiu com a promulgação da Lei nº 13.104 de 2015, que torna o homicídio de mulheres motivados por razões de condição de sexo feminino uma qualificadora do crime de homicídio, além de passar a caracterizar crime hediondo.

Ainda no âmbito nacional, tem-se a Constituição Federal de 1988 e demais legislações infraconstitucionais, como a Consolidação da Leis Trabalhistas (CLT), o Código Eleitoral, etc. que preveem o direito a igualdade, e inclui tratamento isonômico entre os homens e as mulheres em busca da garantia dos Direitos Humanos das mesmas.

Não obstante, os avanços legislativos não foram o suficiente para conter os casos de violência de gênero no Brasil, uma vez que os índices ainda são assustadores. Assim sendo,

constata-se que a punição como forma de reeducar o agressor não tem comprovado ser uma medida eficiente. É preciso mais, há necessidade de fazê-lo entender que seu comportamento é errado e não deve ser repetido, pois vai contra a dignidade de outro ser humano. Sabe-se que não é fácil quebrar barreiras culturais, como por exemplo a do machismo, porém é necessário sensibilizar as pessoas, principalmente aquelas de instituições públicas e privadas para que possam intervir na luta contra a violência doméstica, dentro dos limites de suas responsabilidades. O desenvolvimento da capacidade do homem de colocar-se no lugar do outro, para exercer a solidariedade, talvez seja o maior e mais urgente desafio a ser enfrentado em nossa época.

Nessa busca por um novo paradigma é que se encontra na Justiça Restaurativa, composta por suas práticas e programas, um meio eficaz de trabalhar-se a violência de gênero, uma vez que proporciona a responsabilização do ofensor e a reparação dos danos sofridos. Contudo, o uso de métodos auto compositivos em casos de violência de gênero ainda é motivo de críticas quanto sua eficácia, pois se teme que resulte na impunidade do agressor.

Diante disso, questiona-se no presente artigo se as práticas restaurativas de fato promovem a efetivação dos direitos de humanos das mulheres que sofrem violência de gênero. Para chegar-se a algumas respostas, buscou-se realizar levantamento de dados sobre os atuais índices de violência de gênero no país; analisar quais são as normativas que disciplinam a aplicação de práticas restaurativas no Brasil e por fim, trazer alguns exemplos de projetos que já fazem uso de práticas restaurativas em situações envolvendo violência de gênero. Na construção do artigo, usou-se como método de abordagem o dedutivo e como técnicas de pesquisa a bibliográfica e a documental.

2. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL: LEVANTAMENTO DE DADOS

A violência de gênero é, há muitos séculos, um problema que inquieta a sociedade. Atingindo principalmente mulheres, as agressões são motivadas pelo sentimento de superioridade e dominação que os homens possuem em relação ao sexo oposto. O gênero "funda-se, pois, numa hierarquia de lugares sociais sexuados que subalternizam o papel feminino" (CAMPOS; CORRÊA, 2012, p. 185). Também nesse sentido, as autoras explicam, que a discriminação começa ainda na infância, onde não raras as vezes, através de práticas nocivas, acontece a negação de direitos fundamentais essenciais ao bem-estar e desenvolvimento sadio do infante, como por exemplo, a preferência por crianças do sexo masculino, violência doméstica, mutilação genital feminina, exploração sexual, discriminação, imposição de afazeres domésticos, casamento precoce, entre tantas outras formas de discriminação existentes.

Na imposição dos papéis sociais para homens e para mulheres, elas sofreram as maiores desvantagens sociais, desde o início do sistema capitalista, a exploração da mais-valia foi mais intensa para as mulheres, por meio da intensificação do trabalho, extensão da jornada de trabalho e dos salários mais baixos se comparado aos dos homens. Na reconstrução histórica da humanidade, pode-se perceber que tais fatores foram acentuados durante

a Revolução Industrial, período em que se ampliou a competitividade entre as indústrias e a necessidade de maiores lucros, com isso, as mulheres passaram a ser desejadas pelo mercado por serem cuidadosas, mas também, por se submeterem as regras e aos valores repassados a título de salário, pois deveriam levar o sustento para suas famílias (SAFFIOTI, 2013).

Com base nessa ideia de que o "sexo" seria uma construção social, mas inacabada, as feministas optaram por substituir esse termo pelo "gênero", que descende do inglês *gender*. A utilização desse novo termo de acordo com Sabadell (2008) possibilita que sejam analisadas as identidades – feminino e masculino, sem reduzi-las unicamente ao plano biológico, podendo identificar essas identidades de acordo com o período histórico. Nos anos 1990 as pesquisas da historiadora americana Joan Scott contribuíram com os estudos brasileiros sobre gênero, utilizando-se das críticas acerca do saber produzido pelas diferenças existentes e dos mais variados sentidos atribuídos nos espaços de socialização, tendo como destaque as instituições educacionais (FINCO; VIANNA, 2008).

Para melhor compreensão dos conceitos de gênero, Joan Scott propõe o gênero como categoria de análise histórica, apresentando-o como elemento constitutivo das relações sociais, baseado nas diferenças "percebidas" entre os sexos, como forma primeira de significar as relações de poder. Para ela, o gênero é composto de quatro elementos que funcionam de maneira articulada, mas não obrigatoriamente ao mesmo tempo (CAMPOS; CORREA, 2012).

Nos casos de violência de gênero em que a mulher é a vítima, há um nível de subjetividade e submissão na relação, através da sutileza de coisificação do outro, como algo naturalizado, evidencia ainda mais, que o termo gênero é muito mais que uma construção social e cultural, tal como o sexo é biológico (BEAUVOIR, 2019). Com base na obra de Simone Beauvoir (2019), publicada primeira vez em 1949 e lançado na França, *O Segundo Sexo* fica evidenciado que o movimento feminista abriu espaços de interlocuções sobre as desigualdades sociais proveniente da diferença entre os sexos, diga-se de passagem, as relações de poder e de dominação. A obra que trata sobre Fatos e Mitos, critica o determinismo biológico, as abordagens psicológicas e o materialismo histórico e menciona o argumento de que a mulher é uma construção social historicamente determinada. Já a obra intitulada "A experiência vivida" examina o processo pelo qual a mulher torna-se mulher e como se dá a sua submissão.

Beauvoir refletiu sobre as práticas e mitos históricos que fundamentaram a sociedade e levou a mulher a ser considerada, subjugada como sendo um segundo sexo, inferior e diferente. Além disso, destacou assimetria das relações de poder entre os sexos, em que prevalecia o referencial masculino neutro, e o feminino era considerado o Outro, sempre inferior em relação ao primeiro. Em outras palavras: "A mulher determina-se e diferencia-se em relação ao homem, e não este em relação a ela; a fêmea é o inessencial perante o essencial. O homem é o Sujeito, o Absoluto, ela é o Outro" (BEAUVOIR, 1970, p. 52). Conforme destacou-se anteriormente a obra de Beauvoir é um marco teórico com outra percepção sobre a mulher em relação ao homem, muito embora tenha se evidenciado que o trabalho mais importante para o feminismo foi de Butler (*Gender Trouble*) (DIAS; COSTA, 2013).

No Brasil, os números que demonstram a quantidade de casos de violência contra a mulher são alarmantes, principalmente se observados em seu contexto, uma vez que a maio-

ria das agressões acontece no ambiente familiar e são perpetrados por pessoas muito próximas da vítima.

De acordo com os dados do Ligue 180- Central de Atendimento à Mulher, serviço de utilidade pública oferecido pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), 98.254 denúncias referentes a violência doméstica e familiar foram registradas no período de janeiro de 2018 a junho de 2019 pelo Sistema Integrado de Atendimento à Mulher (SIAM) e Sistema de Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos (SONDHA). É possível observar ainda que as denúncias aumentaram significativamente em 2019, com um acréscimo de mais de 7.000 registros em relação ao período de janeiro a junho de 2018 (MMFDH, 2019a). Referente ao ano de 2018, o balanço anual do Ligue 180 verificou que em 86% dos registros as agressões foram cometidas por pessoas do sexo masculino. Em 28,44% das denúncias os suspeitos são os próprios companheiros, em 12,59% dos casos são ex-companheiros e cônjuges representam 7,65% dos denunciados. Em relação a frequência em que a violência ocorre, os dados mostram que em 22,38% dos casos a violência é diária e em 18,26% é perpetrada algumas vezes na semana. Em 41,29% das denúncias não foi relatada a frequência com que a violência aconteceu (MMFDH, 2019b). Entende-se, portando, que muitos casos de violência diária podem estar subnotificados nesse último índice.

Ademais, a violência praticada contra a mulher pode tomar dimensões irreversíveis, chegando à morte das vítimas. Essa foi a realidade de muitas mulheres nos últimos anos no Brasil, como será exemplificado através de dados do Atlas da Violência 2019 ao longo deste artigo. Tais homicídios de mulheres, motivados pela condição de sexo feminino, ou seja, pelo simples fato de ser mulher, envolvendo violência doméstica e familiar, por menosprezo ou discriminação, é denominado pela legislação brasileira como feminicídio. O feminicídio passou a integrar a legislação pátria em 2015, como qualificadora do crime de homicídio através da Lei nº 13.104, acrescentando ao Código Penal, em seu art. 121, o inciso VI, §2º-A e §7º. Tal legislação também fez alterações em dispositivos da Lei nº 8.072/90, passando assim o feminicídio a caracterizar crime hediondo (BRASIL, 2015). Contudo, apesar de se destacar como um grande avanço para prevenir a violência contra o sexo feminino, a lei por si só não foi capaz de fazer diminuir os índices de homicídio de mulheres motivados por discriminação e menosprezo.

Dados do Atlas da Violência 2019, um estudo realizado pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, demonstram que o número de feminicídios vem aumentando na última década. Para chegar a dados mais próximos da realidade e ser possível constatar que se trata de feminicídio e não apenas homicídio de mulheres, uma vez que a legislação é relativamente recente e pode haver subnotificação nos registros policiais, o estudo levou em conta o contexto em que a morte se deu, qual seja, ter sido praticada dentro da residência, uma vez que a violência doméstica e familiar são algumas das características do feminicídio.

[...] há reconhecimento na literatura internacional de que a significativa maioria das mortes violentas intencionais que ocorrem dentro das residências são perpetradas por conhecidos ou íntimos das vítimas. Portanto, a taxa de incidentes letais intencionais contra mulheres que ocorrem dentro das residências é uma boa *proxy* para medir o feminicídio. Naturalmente, ainda que o número real de feminicídios não seja igual ao número de mulheres mortas dentro das residências (mesmo porque vários casos de feminicídio ocor-

rem fora da residência), tal *proxy* pode servir para evidenciar a evolução nas taxas de feminicídio no país (CERQUEIRA *et al.*, 2019, p. 40).

Assim, verifica-se pelos dados já referidos que houve um aumento de 38,1% nos casos de feminicídio entre 2007 e 2017, passando de 1.019 registros em 2007 para 1.407 no ano de 2017. O aumento de homicídios de mulheres praticados com arma de fogo dentro das residências teve da mesma forma um aumento significativo, com um acréscimo de 40,5% na década já mencionada (CERQUEIRA *et al.*, 2019).

Através dos índices fica, portanto, evidente o que já foi pontuado em parágrafos anteriores: a Lei do Feminicídio, assim como a Lei Maria da Penha, não foram o suficiente para conter os casos de agressão às mulheres motivados por ódio e discriminação. Qual seria então o caminho a ser percorrido para que a realidade de tantas mulheres vítimas de violência seja alterada? A simples punição do ofensor não tem mostrado resultados satisfatórios, é necessário a busca de novos paradigmas que o façam repensar seu modo de agir, evitando que agressões se repitam.

É nesse cenário que as práticas restaurativas, enquanto políticas públicas de pacificação e prevenção de conflitos, passam a ser estudadas e aplicadas nas instituições e nas comunidades, como meio eficaz de trabalhar comportamentos agressivos através do diálogo e da responsabilização, como explica Zehr (2008, p. 170) “[...] o crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança”. Sobre a Justiça Restaurativa, composta por suas práticas restaurativas, abordar-se-á com mais detalhes no próximo ponto.

3. PRÁTICAS RESTAURATIVAS E SUA REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL

Há muitas décadas o Poder Judiciário brasileiro, da forma como está estruturado, não tem se mostrado eficaz ao atender o excesso de demandas que lhe são atribuídas. A carga excessiva de processos, burocracia exacerbada e número de servidores insuficiente, têm feito com que a morosidade torne ainda mais difícil a espera por uma resposta do Estado. Diante desse panorama e da falta de identificação com o processo, uma vez que as partes interessadas são tratadas como coadjuvantes durante a tramitação da ação judicial, é que surge o interesse na utilização das práticas restaurativas como meio de resolver os conflitos de forma mais humana e com maior participação dos reais interessados pela solução do litígio. A respeito da forma como o judiciário atua, Costa e Diehl (2017, p. 31) contribuem explicando que

[...] na prestação jurisdicional, os fatores que desencadearam o conflito são considerados insignificantes quando comparados ao ato que ora está sendo objeto de diálogo. Nesse sentido, a resposta do processo judicial é direcionada, exclusivamente, às consequências geradas, e não às suas origens, tratando-se, portanto, de terminar formalmente com o conflito, e não de superá-lo [...].

As práticas restaurativas têm origem nas sociedades comunais (pré-estatais europeias e as coletividades nativas) e podem ser observadas entre os povos colonizados da Nova Zelândia, África, Áustria, América do Norte e do Sul (JACCOUD, 2005). Na concepção desses grupos humanos, os conflitos eram tidos como situações a serem resolvidas no seio da própria comunidade onde se desenvolveram. O movimento denominado Justiça Restaurativa surge a partir dos anos 70 influenciado pelas propostas de críticos do sistema penal e, desde então, vem sendo gradativamente estudada e aplicada em várias partes do mundo. Contudo, “é a partir da década de 90 que se torna um dos principais movimentos de reforma do sistema criminal, inclusive passando a ser recomendado pela União Europeia e pela Organização das Nações Unidas” (PRUDENTE, 2011, p. 42).

A Justiça Restaurativa se destaca como uma forma de solução de conflitos e reconstrução de relações prejudicadas, baseada na escuta ativa das partes, sensibilidade para com as dores vivenciadas, informalidade, imparcialidade e atenção às necessidades, tanto da vítima como do ofensor, resultando, se chegarem num consenso, na reparação dos danos, mesmo que de maneira simbólica. O objetivo das práticas restaurativas, ao contrário do que muito se dissemina, não é essencialmente o perdão, ou ainda, a falta de responsabilização do ofensor, acarretando em sua impunidade. O pedido de desculpas e sua aceitação por meio dos demais envolvidos pode ser uma das consequências do procedimento restaurativo, mas não deve ser considerado como a única finalidade do mesmo.

Ademais, os efeitos de um modelo de justiça que abranja tais características podem ser muito significativos, resultando, por exemplo, em uma possível redução do uso da justiça criminal tradicional e conseqüentemente, “[...] no deslocamento da complexa estrutura vertical de aplicação do poder de punir do Estado (centrado na averiguação da culpa e na imposição de uma sanção penal por terceiros imparciais) para mecanismos de resolução de conflitos que devolvam o conflito às partes e permitam que estas decidam, de forma horizontal, como lidar com a situação tida como problemática” (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2013, p. 203).

Com intuito de promover a base para a implementação da Justiça Restaurativa no âmbito criminal, foi elaborada pelo Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas (ONU) a Resolução 2002/12. Tal normativa estabelece princípios para a criação de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal, conceituando o processo restaurativo, sua utilização prática, como os Estados-membro devem realizar a operação de tais programas e quais os cuidados que devem despender para o desenvolvimento contínuo dos mesmos (ONU, 2002).

No Brasil, no ano de 2006, foi elaborado pela Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 7.006 que tem como objetivo “[...] facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e também contravenções penais” (BRASIL, 2006). Em 2016, tal Projeto de Lei foi apensado ao Projeto de Lei 8.045/2010 do Código de Processo Penal que ainda segue em tramitação.

Em 2010, o Brasil publicou a Resolução 125, trazendo então a necessidade de oferecimento de outros mecanismos de solução de conflitos, em especial os meios consensuais, exemplificando como alternativas a mediação e a conciliação, não vedando o uso de outros métodos autocompositivos, subentendendo-se que a Justiça Restaurativa era passível de ser utilizada. Não obstante, apenas seis anos mais tarde, no ano de 2016, foi criada uma normativa para tratar especialmente da aplicação da Justiça Restaurativa no Poder Judiciário

brasileiro. A Resolução 225 dispendo sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, considerando, para isso, a resolução 2002/12 da ONU, traz os princípios a serem seguidos para a prática da Justiça Restaurativa em âmbito nacional:

Art. 2º São princípios que orientam a Justiça Restaurativa: a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade (BRASIL, 2016).

Tais normativas demonstram a preocupação do Brasil em incorporar ao seu ordenamento jurídico uma forma alternativa de solução de conflitos que atenda de maneira mais consistente as necessidades da vítima e promovam a responsabilização do ofensor, fazendo-o repensar sua atitude até mesmo mudar seu comportamento. Através dessa nova concepção de justiça, as partes envolvidas passam a ocupar papéis diferentes dentro da situação conflituosa, ou seja, passam a ser consideradas como peças fundamentais para o andamento do procedimento em busca de uma solução, sendo as suas contribuições e opiniões o que realmente é levado em conta, pois na Justiça Restaurativa a decisão final parte sempre dos envolvidos na situação e não de uma terceira pessoa como ocorre na justiça tradicional a que estamos habituados.

Portanto, nas práticas restaurativas há a presença do facilitador como figura importante na condução dos diálogos. Ele deve atuar de forma imparcial e informal, não criando um ambiente hierarquizado em que as partes possam se sentir constrangidas como acontece, na maioria das vezes, no sistema judiciário. "Atuando como facilitador, o mediador não proporá qualquer acordo, tampouco buscará forçar um entendimento entre as partes, mas exercerá a sua função buscando viabilizar o diálogo entre os envolvidos" (ACHUTTI, 2014, p. 78).

Atualmente, ainda há divergências sobre qual deveria ser o âmbito de aplicação das práticas restaurativas, ou seja, se deveria também ser aplicada em casos mais graves, como a violência doméstica, por exemplo, devido a todas as implicações que esse tipo de crime acarreta. Nesse sentido, será abordado no próximo item, como vem sendo a aplicação das práticas restaurativas em casos de violência doméstica no Brasil, mais especificamente em dois estados brasileiros, quais sejam, Paraná e Rio Grande do Sul.

4. EXEMPLOS DE APLICAÇÃO DE PRÁTICAS RESTAURATIVAS NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO EM ESTADOS DO SUL DO PAÍS

Hodiernamente, ainda há muita resistência ao se falar em uso de práticas restaurativas em casos de violência de gênero. Ainda é comum na sociedade a ideia de que outra metodologia que não use da punição para com o agressor irá resultar na banalização de sua atitude e na perpetuação da violência. Nesse sentido, Gomes e Graf (2016) explicam que se pensar no uso de formas autocompositivas em casos de violência doméstica pode causar incômodo por se imaginar que o objetivo é tão somente a reconciliação do casal e como consequência,

a impunidade do agressor. Contudo, exemplos de aplicação de práticas restaurativas em alguns estados brasileiros têm demonstrado exatamente o contrário.

Na cidade de Ponta Grossa, estado do Paraná, programas de aplicação de práticas restaurativas em situações de violência doméstica já funcionam desde 2015. A atuação do Cejusc/PG referente ao uso de métodos autocompositivos se divide em três fases, sendo a primeira delas o projeto Circulando Relacionamentos. O projeto tem o propósito de ofertar práticas restaurativas aos envolvidos em litígios que almejem participar dessa nova metodologia de resolução de conflito e proporcionar o empoderamento da mulher e a responsabilização do ofensor pelos danos que causou (CEJUSC PONTA GROSSA, 2017). Assim explica o informativo do projeto:

[...] os atendidos pela Delegacia da Mulher e Vara de Violência Doméstica são convidados à participarem do Projeto. Após serem informados acerca das diretrizes e objetivos, caso aceirem participar, devem assinar o Termo de Compromisso Livre e Esclarecido. Aos envolvidos no conflito é oportunizado que possam restaurar as relações, se assim desejarem, ou, não sendo o caso, chegarem a um consenso quanto à reparação dos danos resultantes do conflito, bem como, estabelecer um termo de compromisso para formação do convívio pacífico, abarcando todo e qualquer tipo de divergência ainda existente, seja familiar, cível ou criminal – na medida do possível e respeitando a norma legal vigente e a disponibilidade ou indisponibilidade da ação (CEJUSC PONTA GROSSA, 2017, p. 2).

O informativo do projeto também salienta que o uso das práticas restaurativas não implica na substituição da pena ou aplicação de medidas despenalizadoras, vedada pela Lei n. 11.340/2006, mas ao contrário, serve como complemento à efetiva aplicação da própria lei e como consequência, se espera que seja possível conter os casos de reincidência. Os gráficos usados para ilustrar as informações demonstram o índice de consenso de 100% referente aos atendimentos de violência doméstica (CEJUSC PONTA GROSSA, 2017). Consoante a ideia de que a aplicação de práticas restaurativas em casos de violência doméstica não resulta em medidas que gerem a impunidade do réu, mas sim, serve de complementação a Lei, importante salientar que a própria legislação traz como previsão em seu art. 45, o comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação.

A segunda fase do procedimento de atuação do Cejusc/PG é denominada Central de Custódia Restaurativa. Nessa metodologia, as situações são encaminhadas para oficinas de reflexão. Assim sendo, no decorrer da audiência de custódia, "quando juiz e promotor entenderem que é caso de soltura, substituirão a prisão por medida cautelar diversa consistente na participação em oficinas temáticas, utilizando os fundamentos das práticas restaurativas". Ao final das oficinas, é sugerido a realização do Círculo Restaurativo Conflitivo entre o casal e os demais integrantes da família para que se trabalhe o conflito existente, caso tenham interesse.

A respeito da aplicação dos círculos é importante destacar que se trata de uma metodologia muito importante dentro das práticas restaurativas e tem resultados muito positivos, pois como salienta Pranis (2010), proporciona um meio de reunir as pessoas para diálogos difíceis e para trabalhar e superar conflitos. Assim, o círculo é uma maneira de formar a noção mais abrangente possível de nós mesmos, do outro e das questões discutidas, fazendo com que seja possível trilhar de forma conjunta o caminho mais benéfico.

A terceira fase do processo de aplicação das práticas restaurativas em Ponta Grossa chama-se Projeto Sermais. Nesse procedimento "a seleção dos casos ocorre na dosimetria da pena, quando o juiz substitui a pena em regime aberto pelo comparecimento obrigatório em reuniões que irão discutir masculinidade e gênero" (Cejusc Ponta Grossa, 2017, p.8). Segundo o informativo elaborado pelo Cejusc/PG, são realizados 16 encontros, onde os homens são atendidos por um psicólogo, além de contarem com a presença voluntária de médico urologista, advogado e assistente social.

[...] uma vez concluídas as sessões, tem o réu sua pena extinta, esse projeto tem índice de reincidência inferior a 5% e, já foi até objeto de estudos do Curso de Serviço Social da UEPG, num trabalho de conclusão de curso que revelou que o programa havia mudado para melhor a vida de 07 de 08 famílias entrevistadas (CEJUSC PONTA GROSSA, 2017, p. 8).

Ainda há, na atuação referente a aplicação de práticas restaurativas pelo Cejusc/PG, a atenção às crianças e adolescentes pertencentes as famílias em conflito. Sendo assim, os filhos dos casais atendidos também passam por acompanhamento psicológico, quando necessário, ou ainda, acompanhamento escolar, se for observada essa necessidade.

Também na região Sul do país, o Estado do Rio Grande do Sul tem atuação importante na aplicação da Justiça Restaurativa em casos de violência doméstica, sendo um dos pioneiros na implantação dessa metodologia. Em entrevista publicada em 2017, a magistrada responsável pelo 1º Juizado da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Porto Alegre, Dra. Madgéli Frantz Machado, explica que o uso da justiça restaurativa em situações envolvendo violência doméstica passa por várias fases. Em um primeiro momento, pessoas capacitadas para trabalhar com casos de violência doméstica analisam se a situação pode ser trabalhada pelos círculos de restauração. Sendo assim, explica a juíza, que a avaliação sobre quem pode participar do procedimento é bastante rígida, o que comprova exemplificando que dos sete mil casos do Juizado pelo qual é responsável, apenas quarenta e cinco foram encaminhados para o projeto até dezembro de 2016. Destes quarenta e cinco, nenhuma reincidência foi registrada (CANOFRE, 2017).

Trazidos os exemplos de aplicação de práticas restaurativas em casos de violência doméstica, destaca-se por fim, que a Resolução 225 do CNJ, a qual dispõe sobre aplicação da Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, também prevê o emprego de procedimentos restaurativos em situação de violência doméstica e familiar:

Art. 24 Fica acrescido o seguinte parágrafo ao art. 3º da Resolução CNJ 128/2011:

§3º. Na condução de suas atividades, a Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar deverá adotar, quando cabível, processos restaurativos com o intuito de promover a responsabilização dos ofensores, proteção às vítimas, bem como restauração e estabilização das relações familiares (BRASIL, 2016).

Diante do exposto, não pretendendo esgotar os exemplos positivos de implantação de práticas restaurativas em casos de violência de gênero, pois através desta pesquisa foi possível constatar que a aplicação da justiça restaurativa e suas práticas nos casos de violência contra a mulher no Brasil, estão sendo implementadas com excelentes resultados para o casal e seus filhos (quando existentes). Os números revelam o sucesso desta prática que está se espalhando por todo o Brasil, apesar de ainda possuir uma maior concentração na

Região Sul do país. Encerra-se o presente artigo com a perspectiva de que os rumos em busca de conter a violência doméstica estão tomando novos caminhos que demonstram melhores resultados e acarretam na efetivação dos direitos das mulheres, uma vez que se tornam mais seguras e conscientes de que terão apoio para superar o momento difícil pelo qual passaram. Não é mais aceitável que os conflitos de gênero que vitimizam centenas de mulheres ano após ano no país, continuem dependendo da burocratizada e lenta estrutura do poder Judiciário, o qual foi construído sob o rito de códigos estanques, inconciliáveis com a multiplicidade de procedimentos decisórios exigidos pela sociedade atual (MORAIS; SPENGLER, 2008).

O Poder Judiciário permaneceu imóvel diante das transformações sociais que ocorreram. A jurisdição tradicional encontra-se extremamente assoberbada e ineficiente, pois não foram criadas as transformações qualitativas necessárias para adaptar a jurisdição tradicional às novas formas de conflito que deve enfrentar, restringindo-se a sua estrutura e qualificação aos litígios que podem ser denominados de clássicos (BEDIN; BEDIN; FISCHER, 2013).

A partir da Resolução n. 2002 de 2012 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, a metodologia da Justiça Restaurativa e das Práticas Restaurativas se consolidou no Brasil como um novo paradigma de acesso à justiça em seu sentido amplo. O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, através da Resolução de n. 125/2010 e da Resolução de n. 225/2016, estabeleceu a importância da transposição do contexto social de influência liberal, para uma nova cultura edificada nos pressupostos do humanismo, da solidariedade e do respeito ao outro. O pluralismo e a heterogeneidade das demandas que chegam até o Judiciário, postulando inclusive a regulação de questões de caráter particular, instauraram uma realidade de judicialização das relações sociais, demonstrando a necessidade de formação de indivíduos autônomos e corresponsáveis com a resolução de seus próprios conflitos. Assim, diante de uma cidadania ativa, é viável a implementação das Práticas Restaurativas, como modelo adequado à jurisdição tradicional nos casos de conflitos.

A proposta de efetivação da Justiça Restaurativa e das Práticas Restaurativas nos casos de violência de gênero, busca a instituição de uma cultura efetiva de prevenção e de pacificação dos conflitos de gênero que vitimizam as mulheres, que tenha por objetivo encontrar respostas qualitativamente mais adequadas, objetivando prevenir os danos por meio de um paradigma integrador, que tenha como princípios a informalidade, a responsabilidade, a imparcialidade, a participação, a humildade, o mútuo respeito, a boa-fé, a honestidade, o empoderamento e a esperança.

5. CONCLUSÃO

Diante dos altos índices e dos poucos resultados satisfatórios advindos das leis que visam conter os casos de violência de gênero, apresentou-se no presente artigo as práticas restaurativas como método alternativo de solução de conflitos envolvendo agressões motivadas por discriminação e menosprezo ao sexo feminino. Sendo assim, questionou-se se as práticas restaurativas de fato promovem a efetivação dos direitos humanos das mulheres que sofrem violência de gênero.

No decorrer da pesquisa e da estruturação dos tópicos, foi possível constatar que mesmo havendo críticas e dúvidas a respeito da eficácia da aplicação das práticas restaurativas em casos envolvendo violência de gênero, essa metodologia apresenta resultados satisfatórios e, ao contrário do que se dissemina, não resulta na impunidade do agressor. Os exemplos de Estados na Região Sul do país que utilizam o método autocompositivo em casos de violência doméstica e familiar demonstram o quanto satisfatório e eficaz pode ser a realização dos procedimentos restaurativos para promover a conscientização e mudança de comportamento do ofensor, resultando ainda, na grande maioria das vezes, na reparação dos danos, mesmo que de maneira simbólica.

A possibilidade de dialogar e entender o que levou a agressão é muito importante para a vítima, pois significa colocar um ponto final em um capítulo trágico de sua vida e reconstruir sua própria história. No processo restaurativo, terá a oportunidade de expressar o que lhe incomoda e ter suas angústias ouvidas e levadas em conta, diferentemente do que aconteceria na justiça tradicional, em que seu caso seria igualado a tantos outros, sem ter suas particularidades consideradas. A simples punição do agressor, não o fará repensar seu comportamento, tampouco pesar o mal que causou a outro ser humano. Ao contrário, o castigo dado pela pena imposta apenas nutrirá sentimento de vingança.

De uma maneira bastante geral, pode-se dizer que a Justiça Restaurativa é vista como uma forma de resolução de conflitos distinta da imposta pelo modelo de justiça tradicional. Possui princípios diferentes dos sustentados pelo modelo retributivo (da imposição de penalidades) e propõe, dentre outras coisas, a participação da vítima e do ofensor na resolução do conflito, a reparação do dano decorrente do delito (simbólica e/ou materialmente) e a responsabilização do ofensor de maneira não estigmatizante e excludente.

Sendo assim, conclui-se na presente pesquisa, que as práticas restaurativas são uma forma de efetivação dos Direitos de Humanos das mulheres que sofrem violência de gênero, pois contribuem para que tenham maior participação em seu próprio processo e sejam beneficiadas com a reparação dos danos sofridos. Está comprovado que a violência doméstica não começa ou termina simplesmente com a lesão e/ou ameaça. Envolve, em muitos casos, acirradas disputas sobre à guarda, alimentos, divisão de bens, etc. Dessa forma, não é justo que mulheres que já tiveram suas vidas dilaceradas por atitudes tão cruéis praticadas por pessoas tão próximas e de que esperavam receber amor, ainda precisem sofrer revitimizações ao enfrentar um processo judicial estruturado de forma que lhe conceda um papel de coadjuvante diante de seus próprios direitos.

A Justiça Restaurativa é um novo paradigma de justiça social, capaz de trabalhar a cultura da paz, através de uma política humanizadora e não necessariamente de perdão, mas do exercício do diálogo, do respeito, da solidariedade e da compaixão. O elevado conteúdo pedagógico dos procedimentos restaurativos possibilita que uma solução para o conflito de gênero, surja como consequência natural do processo de comunicação entre o autor e a vítima.

Contudo, apesar do importante passo dado em relação a garantia de direitos de mulheres vítimas de violência doméstica, observa-se que ainda há um longo caminho a ser percorrido para que o número de agressões de fato diminua, mas, para que esse fato ocorra, é necessário o afastamento da naturalização da violência, sobretudo, em uma cultura marcada pelo machismo e pelo patriarcalismo enquanto elementos estruturais.

REFERÊNCIAS

- ACHUTTI, D.; PALLAMOLLA, R. Justiça restaurativa e a cultura jurídica brasileira: análise crítica do projeto de lei 7.006/06. In: COSTA, M. M. M.; SPENGLER, F. M (Orgs.). *Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa*. Curitiba: Multidea, 195-228, 2013.
- ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BEAUVOIR, Simone. *O Segundo sexo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.
- BEDIN, G. A.; BEDIN, G. L.; FISCHER, R. S. Justiça e direitos humanos: a crise da jurisdição estatal e as novas formas de tratamento dos conflitos. In: DEL'OLMO, F. de S.; GIMENEZ, C. P. C.; CERVI, T. M. D. (Orgs.). *Direitos fundamentais e cidadania: a busca pela efetividade*. Campinas: Millennium, 2013.
- BONAFE-SCHMITT, Jean-Pierre. Os modelos de mediação: modelos latinos e anglo-saxões de mediação. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 181-227, jul./dez. 2012.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Complementar 7006/2006*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>. Acesso em: 20 dez. 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/buscaatosadm?documento=2579>. Acesso em: 20 dez. 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atosnormativos?documento=2289>. Acesso em: 20 dez. 2019.
- BRASIL. *Lei 13.104, de 9 de março de 2015*. Brasília: Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm>. Acesso em: 30 dez. 2019.
- CAMPOS, A. H.; CORRÊA, L. R. *Direitos humanos das mulheres*. Curitiba: Juruá, 2012.
- CANOFRE, Fernanda. Juíza aposta em Justiça Restaurativa para trabalhar com famílias vítimas de violência doméstica. 2017. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/ultimas-noticias/geral/2017/10/juiza-aposta-em-justica-restaurativa-para-trabalhar-com-familias-vitimas-de-violencia-domestica/>. Acesso em: 03 jan. 2020.
- CEJUSC PONTA GROSSA. *Resposta ao mensageiro enviado no dia 06 de junho de 2017*. 2017. Ponta Grossa. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/12054912/12392126/Justi%C3%A7a+Restaurativa+-+VD+-+PONTA+GROSSA.pdf/a05fb56c-4e99-4dd6-c308-82a0272ed124>. Acesso em: 12 dez. 2019.
- CERQUEIRA, D. et al (Orgs.). *Atlas da violência 2019*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo, 2019.
- COSTA, M. M. M; DIEHL, R. C. O redirecionamento da esfera pública pela coparticipação da sociedade civil aportes sobre a promoção do acesso à justiça nas comunidades da América do Sul. In: COSTA, M. M. M; DIEHL, R. C; PORTO, R. T. C. (Orgs). *Direito na Atualidade*. Curitiba: Multidea, 2017, p. 23-42.
- COSTA, M. M. M.; PORTO, R. T. C. Justiça Restaurativa uma política humanizadora e não necessariamente de perdão: um olhar crítico e reflexivo na Resolução 225 do CNJ/2016. *Revista Em Tempo*, 16(01), 223-239, 2018.
- DIAS, F. V.; COSTA, M. M. M. *Sistema punitivo e gênero: uma abordagem alternativa a partir dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013
- FINCO, D.; VIANNA, C. C. Meninas e meninos. In: PINTO, Graziela Pinto (Coord). *A mente do bebê: o fascinante processo de formação do cérebro e da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Duetto, 2008.
- FROSSARD, Heloísa (Org.). *Instrumentos Internacionais de direitos das mulheres*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006.
- GOMES, J. C. S.; GRAF, P. M. Circulando relacionamentos: uma nova abordagem para os conflitos decorrentes da violência de gênero. In: CRUZ, Fabrício Bittencourt da (Coord). *Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225*. Brasília: CNJ, 2016.

INSTITUTO MARIA DA PENHA (IMP). *Enfrentar, por meio de mecanismos de conscientização e empoderamento, a violência doméstica e familiar contra a mulher*. Essa é a nossa missão. 2018. Disponível em: <http://www.institutomariadapenha.org.br/>. Acesso em: 23 dez. 2019.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In.: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. G. (Orgs.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça, 2005, 163-182.

MARTINS, A. P. A.; CERQUEIRA, D.; MATOS, M. V. M. *A institucionalização das políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres no Brasil*. Ipea: Brasília, 2015.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS (MMFDH) Balanço anual: *Ligue 180 recebe mais de 92 mil denúncias de violações contra mulheres*. 2019a. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2019/agosto/balanc>. Acesso em: 23 dez. 2019.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS humanos (MMFDH). Ligue 180 Central de Atendimento à Mulher: *Relatório 2018*. 2019b. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/ouvidoria/relatorios-lique-180>. Acesso em: 09 jan. 2020.

MORAIS, J. L. B.; SPENGLER, F. M. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NORDENSTAHL, Ulf Christian Eiras. Contribuições da Vitimologia à Justiça Restaurativa. In: SPENGLER, F. M.; LUCAS, D. C. (Orgs.). *Justiça Restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 12*. Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. 24 de julho de 2002. 2002. Disponível em: http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf. Acesso em: 05 abr. 2019.

PRANIS, Kay. *Processos circulares*. São Paulo: Palas Athena, 2010.

PRUDENTE, Neemias Moretti. A Justiça Restaurativa e experiências brasileiras. In: SPENGLER, F. M.; LUCAS, D. C. (Orgs.). *Justiça Restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

SAFFIOTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: mito e realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

SILVA, T. D.; OLIVEIRA, L. D. O funk e a apologia à violência sexual na era digital. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 14, n. 2, p. 172-187, jul./dez. 2019.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Recebido/Received: 07.06.2020.

Aprovado/Approved: 26.09.2020.

IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO POR PRESCRIÇÃO E A VIOLAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA

SUMMARY JUDGMENT AGAINST THE CLAIM
DUE THE EXTINGTIVE PRESCRIPTION AND
VIOLATION OF PRIVATE AUTONOMY

ANDRÉ CORDEIRO LEAL¹
VINÍCIUS LOTT THIBAU²

RESUMO

O artigo examina os pressupostos e desdobramentos do julgamento liminar pela improcedência do pedido em razão da verificação, pelo juiz, da ocorrência da prescrição. Para tanto, além de abordar os dispositivos que tratam do tema no Código de Processo Civil brasileiro de 2015, indicando distinções e aproximações em relação às normas que dispunham sobre a temática no Código de Processo Civil de 1973, debruça-se sobre a questão da intromissão do judiciário na autonomia privada, cuja existência é assegurada pela Constituição de 1988. No escrito, apontam-se as inconsistências do referido julgamento diante não só das codificações civil e processual civil, como também do discurso constitucional brasileiro. A pesquisa formalizada, de base bibliográfica e documental, é, quanto ao seu objetivo, exploratória e explicativa, adotando, ainda, os métodos comparativo e hipotético-dedutivo. Elege a proposição neoinstitucionalista do processo como marco teórico.

Palavras-chave: Improcedência liminar do pedido. Prescrição. Autonomia privada.

- 1 Doutor e Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor Titular da Universidade FUMEC, onde leciona nos cursos de Graduação (Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil) e Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia). Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil no curso de Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto de Educação Continuada da PUC Minas. Advogado e Economista. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-0985-7030>. E-mail: andreleal28@gmail.com.
- 2 Doutor e Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara, nas modalidades integral e convencional. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Advocacia Cível da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Processual Civil e Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos do Instituto de Educação Continuada da PUC Minas. Advogado. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8225-8026>. E-mail: viniciusthibau@yahoo.com.br.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. *Improcedência liminar do pedido por prescrição e a violação da autonomia privada*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 2, p. 235-246, maio/ ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i2.8126>.

ABSTRACT

The article examines the assumptions and consequences of the summary judgment against the claim due the verification, by the judge, of the occurrence of the extinctive prescription. To this end, examines the legal provisions of the Brazilian Civil Procedure Code of 2015, pointing out distinctions and approximations in relation to the legal provisions of the Brazilian Civil Procedure Code of 1973, focusing the meddling of the judiciary in private autonomy, which was ensured by the 1988 Brazilian Constitution. In the writings, the inconsistencies of this kind of judgment are indicated, considering not only the civil and procedural civil codifications, but also the Brazilian constitutional discourse. The formalized research, based on bibliography and documents, is exploratory and explanatory in its objective, also adopting the comparative and hypothetical-deductive methods. It elects the neoinstitutionalist theory of the process as a theoretical background.

Keywords: Summary judgment against the claim. Extinctive prescription. Private autonomy.

1. INTRODUÇÃO

Em 7 de fevereiro de 2006, foi publicada a Lei nº 11.277, que buscava atribuir “racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional” (BRASIL, 2004). A lei que acrescentou o art. 285-A ao Código de Processo Civil de 1973 previa a possibilidade do julgamento liminar pela improcedência do pedido, que ganhou novos contornos com a edição da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a improcedência liminar do pedido é autorizada, dentre outras hipóteses, quando o juiz verifica a ocorrência da prescrição, antes mesmo de determinar a citação da parte ré. Trata-se, no entanto, de uma faculdade questionável, inclusive sob a perspectiva do direito privado, uma vez que, pelo exercício da opção disposta no art. 332, § 1º, do CPC/15, afasta-se a possibilidade de renúncia à prescrição no espaço procedimental pré-decisório e, de conseqüente, veda-se a oportunidade de cumprimento da obrigação natural advinda da extinção, pelo tempo, da pretensão deduzida em juízo pela parte autora.

Assim é que, além de todas as dificuldades correlacionadas com o reconhecimento da prescrição, de ofício, pelo magistrado, o Código de Processo Civil vigente deixa de considerar que, com o estabelecimento do paradigma do Estado Democrático de Direito no Brasil, sofreram ressemantização a “dicotomia público/privado e a racionalidade do ordenamento jurídico” (CASTRO, 2010, p. 223), motivo pelo qual, desde 1988, o Estado brasileiro não mais pode se apropriar de um espaço que foi teorizado para o exercício da liberdade individual.

Diante disso, a hipótese que se objetiva testar, no escrito formalizado, é a de que a improcedência liminar do pedido por prescrição viola o direito constitucional à autonomia privada, que, no direito democrático, não pode ser afastado em prol da eficiência que, já a partir da atuação da comissão de juristas notáveis nomeada pelo Senado Federal à elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Civil, foi anunciada como um dos escopos a serem implementados pela legislação a ser publicada.³

3 A comissão de juristas notáveis responsável pela produção do Anteprojeto de Código de Processo Civil foi instituída, no Senado Federal, pelo Ato do Presidente nº 379/2009. Ao longo de sua atuação, a assembleia de especialistas contou com a participação de Luiz Fux (presidente), Tereza Arruda Alvim Wambier (relatora-geral), Adroaldo Furtado Fabrício, Humberto

Em relação à abordagem do problema da incompatibilidade paradigmática da improcedência liminar do pedido, portanto, a pesquisa adota os métodos comparativo e hipotético-dedutivo (POPPER, 2009, 2004, 1999). Acolhendo a proposição neoinstitucionalista do processo como marco teórico (LEAL, 2017, 2016a, 2016b, 2013), a pesquisa é exploratória e explicativa quanto ao objetivo e, pelas técnicas empregadas, é bibliográfica e documental.

2. IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO E O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO PELO JUIZ SOLIPSISTA

A improcedência liminar do pedido está normatizada, no Brasil, embora sob rótulo diverso, desde o ano de 2006, quando entrou em vigor a Lei nº 11.277, que dispôs sobre o denominado julgamento de processos repetitivos.⁴ De acordo com essa lei, que acresceu o art. 285-A ao Código de Processo Civil de 1973, o julgamento liminar pela improcedência do pedido era autorizado quando a matéria controvertida fosse unicamente de direito e, no juízo em que tramitasse o procedimento, já houvesse sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos. Segundo a Lei nº 11.277/06, nessa hipótese, poderia ser dispensada a citação da parte ré e, imediatamente, proferida a sentença, reproduzindo-se o teor da decisão anteriormente prolatada.

Com efeito, pela legislação publicada em 2006, a verificação da prescrição da pretensão deduzida pela parte autora, no primeiro momento destinado à análise da petição inicial, não era apontada como hipótese autorizativa da improcedência liminar do pedido. No Código de Processo Civil de 1973, por seu art. 219, § 5º, o juiz estava obrigado a pronunciar, de ofício, a prescrição, inclusive antes da citação da parte ré, mas, ao contrário do que dispõe o Código de Processo Civil de 2015, essa atitude dizia respeito ao indeferimento da petição inicial.

É, por isso, que, focando o Código de Processo Civil de 1973, é possível afirmar que nem todas as hipóteses determinativas do indeferimento da petição inicial estavam relacionadas com a existência dos chamados vícios processuais insanáveis, diversamente do que se estampa no Código de Processo Civil de 2015. A inclusão normativa da prescrição como causa de indeferimento da petição inicial exigia, paradoxalmente,⁵ o proferimento de uma decisão resolutiva de mérito antes mesmo da citação da parte ré, de maneira oposta ao que ocorria quando o indeferimento da petição inicial baseava-se na inépcia dessa petição,

Theodoro Júnior, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, José Roberto dos Santos Bedaque, José Miguel Garcia Medina, Bruno Dantas, Jansen Fialho de Almeida, Marcus Vinicius Furtado Coelho, Elpídio Donizetti Nunes e Benedito Cerezzo Pereira Filho. (BRASIL, 2010).

4 Para acessar uma síntese do procedimento legislativo preparatório da Lei nº 11.277/06, confira, principalmente, o artigo científico denominado Apontamentos críticos sobre a improcedência liminar do pedido, que foi produzido por Vinicius Lott Thibau (2019).

5 O caráter paradoxal dessa possibilidade está em que, de acordo com a previsão expressa do art. 267, I, do CPC de 1973, o indeferimento da petição inicial era determinativo da extinção do processo sem resolução de mérito. Pelo art. 269 do CPC de 1973, no entanto, a prescrição era apontada como uma das hipóteses em que o juiz deveria proferir sentença definitiva, isto é, resolutive de mérito. O enfrentamento de referida assistemática apresenta-se relevante, uma vez que a expressão "de logo", presente apenas no art. 295, IV, do CPC de 1973, poderia dar a entender a existência de duas possibilidades de sentença relacionadas à verificação da prescrição: sem resolução de mérito, se a prescrição houvesse sido percebida já no primeiro exame judiciário da petição inicial, ou, ao contrário, com resolução de mérito, acaso essa percepção houvesse se dado em momento procedimental posterior.

na manifesta ilegitimidade da parte, na ausência de interesse processual e, ainda, na falta de realização da emenda, que se apresentavam como situações impositivas da prolação de uma sentença terminativa.

O enquadramento taxionômico da prescrição como hipótese determinativa do indeferimento da petição inicial sempre causou estranhamento, uma vez que a prescrição é instituto jurídico que se relaciona com o denominado direito material. A normatização da ocorrência da prescrição como uma das situações impositivas do indeferimento da petição inicial, porém, não significou um deslize pontual do legislador, mas uma tentativa deliberada de ocultação da possibilidade de proferimento de uma decisão meritória encerradora do processo antes mesmo que estivesse formada a intitulada relação processual.

Se essa possibilidade estivesse prevista, de modo escancarado, pela lei, muitos poderiam ser os óbices impostos à sua aprovação, como se estampa no magistério de Araken de Assis (2015, p. 128, v. III):

O CPC de 1973 revelava-se avançado para sua época. A versão original do segundo código processual unitário já autorizava o indeferimento da petição inicial no caso de o juiz verificar o vencimento do prazo de prescrição ou de decadência. Era previsão de largo alcance, em parte camuflada dentre as hipóteses de sentença terminativa para evitar resistências mais contundentes. [...]

A localização do assunto relativo à prescrição e à decadência no âmbito do indeferimento da petição inicial revela-se formalmente imprópria. O juiz julga o mérito. Entretanto, na ocasião em que o CPC de 1973 entrou em vigor, dispositivo autônomo e destacado suscitaria melindres e oposição tenaz e, seja como for, o legislador não se atreveu ao passo ousado.

É de se registrar que, exatamente porque ligada ao chamado direito material, a prescrição jamais ocupou o rol das matérias preliminares referidas pelo art. 301 do Código de Processo Civil de 1973. Quanto a isso, aliás, nenhuma modificação trouxe o Código de Processo Civil de 2015, que, no entanto, cuidou de excluir o tema da prescrição das hipóteses determinativas do indeferimento da petição inicial, de modo a uniformizar a abordagem das situações que propiciam, por sentença terminativa, o juízo de admissibilidade negativo dessa petição.

Dessa forma, na atualidade, o indeferimento da petição inicial somente ocorrerá quando for identificada alguma das hipóteses previstas no art. 330 do Código de Processo Civil. Pelo rotulado Novo Código de Processo Civil brasileiro,⁶ a verificação da prescrição da pretensão deduzida pela parte autora no momento da primeira análise da petição inicial é autorizativa da improcedência liminar do pedido (art. 332, § 1º, do CPC), a qual recebe críticas que, embora na vigência da codificação anterior já pudessem ser formuladas em relação ao indeferimento da petição inicial por prescrição, ganharam grande repercussão com o advento do Código de Processo Civil de 2015.

Isso porque, diversamente do que ocorreu com o Código de Processo Civil de 1973, que vigorou durante o período de restrição democrática no Brasil, o Código de Processo Civil de 2015 assumiu, expressamente, o compromisso de alinhar as suas normas às disposições

6 Para acessar uma crítica a respeito da novidade do Código de Processo Civil de 2015, confira o artigo científico intitulado Prova e jurisdicionalismo no novo CPC brasileiro, de autoria de André Cordeiro Leal e Vinícius Lott Thibau (2017).

constitucionais,⁷ promessa a qual a Lei nº 13.105/15 descumpriu, de modo ostensivo, também pelo regramento da improcedência liminar do pedido. É que, pela norma constante do art. 332, § 1º, o Código de Processo Civil de 2015 viola o direito à autonomia privada que é constitucionalmente conferido à comunidade jurídica de legitimados ao processo (art. 1º da CB),⁸ devassando, assim, o que Jürgen Habermas anuncia como “domínio intocável de configuração da vida privada” (2003, p. 137, v. II).

A verificação da prescrição pelo juiz, no primeiro momento dedicado ao exame da petição inicial, é, contudo, apenas mais uma das questionáveis hipóteses de cabimento do julgamento liminar pela improcedência, que, no Código de Processo Civil de 2015, está regulado da seguinte maneira:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recursos repetitivos;

III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º. O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2º. Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§ 3º. Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4º. Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias. (BRASIL, 2015).

Assim, por uma análise comparativa das normas hauridas dos arts. 285-A do Código de Processo Civil de 1973 e 332 do Código de Processo Civil de 2015, afere-se que, pela legislação vigente, o juiz está obrigado a julgar liminarmente improcedente o pedido sempre que esse contrariar um precedente obrigatório ou um enunciado de súmula do Supremo Tribunal

7 Na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015, que, estranhamente, reproduz a que foi apresentada pela comissão de juristas notáveis nomeada pelo Senado Federal, consta que a “necessidade de que fique evidente a *harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República* fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão constitucional. Por outro lado, muitas regras foram concebidas dando concreção a princípios constitucionais”. (BRASIL, 2015, p. 26). No entanto, “extraí-se do CPC de 2015 que, a pretexto de ofertar respostas às mudanças exigidas pela Constituição a que tanto apela, apenas coloniza a própria constitucionalidade com conceitos arraigados em um direito processual civil tradicional, os quais se apresentam absolutamente desalinhados ao projeto democrático brasileiro que almeja superar os envelhecidos fundamentos ideológicos dos Estados Liberal e Social. Daí, ao se referir à Constituição brasileira, o que anuncia a Exposição de Motivos do CPC de 2015 é uma leitura às avessas da constitucionalidade que ele afirma obedecer, já que se ancora em conceitos que, por sua origem, são inconciliáveis com um projeto democrático não acolhedor da perspectiva histórico-civilizante dos povos conquistados.” (LEAL; THIBAU, 2018, p. 42). O texto transcrito faz referência ao arcaísmo dos conceitos de ação, jurisdição e processo adotados pela Lei nº 13.105/15.

8 A expressão comunidade jurídica de legitimados ao processo é adotada como sinônimo de povo total pela teoria neoinstitucionalista do processo. Nesse sentido, confira, sobretudo, as publicações de Rosemiro Pereira Leal (2017a, 2017b, 2016a, 2016b, 2011, 2010, 2009, 2008, 2006).

Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal de Justiça, sendo que, quanto a este, se o enunciado disser respeito ao direito local. Diversamente do que previa a norma disposta no art. 285-A do Código de Processo Civil de 1973, no Código de Processo Civil de 2015, julgar liminarmente improcedente o pedido não é uma faculdade deferida ao magistrado, salvo quando esse verificar, desde logo, a prescrição e a decadência.

Além disso, pela normatização da improcedência liminar do pedido no Código de Processo Civil de 2015, outras alterações são notadas quanto ao que foi estabelecido pela Lei nº 11.277/06. Como afirma Trícia Navarro Xavier Cabral (2016), pelo art. 332 do Código de Processo Civil vigente:

[...] (b) o critério legislativo de aplicação deixou de ser a existência de matéria unicamente de direito e passou a ser as causas que dispensem a fase instrutória; (c) foi retirada a exigência de outros julgados no mesmo juízo; (d) o requisito legal passou a ser somente a existência de entendimentos firmados pelos tribunais hierarquicamente superiores; (e) houve previsão expressa aos casos de prescrição e decadência; e (f) no aspecto procedimental, em caso de não haver retratação, o réu deverá ser intimado do trânsito em julgado da decisão.

Por tudo isso, porção da literatura especializada aduz que a previsão normativa atual da improcedência liminar do pedido representa um avanço teórico. Estudos realizados por José Eduardo Arruda Alvim Netto (2017), Trícia Navarro Xavier Cabral (2016), Cassio Scarpinella Bueno (2015a, 2015b), Guilherme Rizzo Amaral (2015), Georges Abboud e José Carlos van Cleef de Almeida Santos (2015) explicitam a ocorrência de um aprimoramento na regulação temática, uma vez que, pelas disposições do art. 332 do Código de Processo Civil de 2015, não mais se sustentam algumas das críticas que foram ofertadas, especificamente, às normas previstas no art. 285-A do Código de Processo Civil de 1973.⁹

É de se considerar, portanto, que nem todos os *deficits* técnico-científicos relativos ao julgamento liminar pela improcedência do pedido foram afastados pelas normas do Código de Processo Civil de 2015. Sequer é factível afirmar que, com a publicação da Lei nº 13.105/15, a improcedência liminar do pedido alinhou-se à democraticidade jurídica. A regulação do julgamento liminar pela improcedência do pedido no Código de Processo Civil de 2015 apenas possibilitou a oferta de problematizações que, com base nas determinações da Lei nº 11.277/06, não poderiam ser formalizadas, dentre as quais a atinente à verificação solipsista da prescrição pelo juiz.

9 Para acessar quatorze questionamentos consistentes relativos à normatividade disposta no art. 285-A do CPC/73, confira os escritos produzidos por Cassio Scarpinella Bueno (2011), Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Carlos Henrique Soares (2011), Humberto Theodoro Júnior (2009), Elpídio Donizette Nunes (2009), Antônio da Costa Machado (2008), Rosemiro Pereira Leal (2007), Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2007), Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2007), Paulo Roberto de Gouvêa Medina (2006) e Eduardo Cambi (2006).

3. JULGAMENTO LIMINAR PELA IMPROCEDÊNCIA E A IMPOSSIBILIDADE DE RENÚNCIA À PRESCRIÇÃO NO ESPAÇO PROCEDIMENTAL PRÉ-DECISÓRIO

O Código de Processo Civil de 2015 dispõe sobre o reconhecimento judiciário da prescrição da pretensão deduzida pela parte autora por via de disposições variadas. Quanto aos procedimentos destinados ao accertamento de direitos, destacam-se as normas previstas nos arts. 332, § 1º, e 487, parágrafo único, que, embora sejam acordes quanto à possibilidade de reconhecimento da prescrição, *ex officio*, pelo juiz, divergem, parcialmente, acerca da necessidade de que, antes de afirmada a ocorrência da prescrição, seja ofertada às partes a oportunidade de se manifestarem a respeito.

É que, apesar do art. 5º, LV, da Constituição, assegurar o contraditório às partes – o que também se extrai das normas fundamentais do processo civil (arts. 7º, 9º e 10 da Lei nº 13.105/15) –, pelo art. 487, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015, a oportunidade de pronunciamento das partes sobre a prescrição deve ser instalada, desde que não preenchida a hipótese prevista no art. 332, § 1º, da Lei nº 13.105/15.

Daí, pelo disposto nos arts. 332, § 1º, e 487, parágrafo único, parte final, do Código de Processo Civil de 2015, excepciona-se a obrigatoriedade de oitiva das partes antes do proferimento da decisão que reconhece a ocorrência da prescrição, com explícita violação de norma constitucional e, também, de normas fundamentais integrantes da própria codificação, uma vez que, de acordo com o art. 9º, parágrafo único, do CPC vigente, apenas nas hipóteses de tutela provisória de urgência, de tutela provisória de evidência baseada nos incisos II e III do art. 311 e de ação monitória, a decisão contrária a uma das partes pode ser prolatada sem que ela seja previamente ouvida.

Por esses motivos, o que está disposto na parte final do art. 487, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015, que ratifica o previsto no art. 332, § 1º, do mesmo Código, já foi, especialmente, criticado por Fredie Didier Júnior (2018), José Miguel Garcia Medina (2017), Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, Carlos Henrique Soares, Suzana Oliveira Marques Brêtas, Renato José Barbosa Dias e Yvonne Mól Brêtas (2016), Flávio Tartuce (2016), Georges Abboud e José Carlos van Cleef de Almeida Santos (2015) e Humberto Theodoro Júnior, o qual, ao se pronunciar sobre o reconhecimento judicial da prescrição da pretensão deduzida, afirma:

Malgrado o Código dispense a manifestação prévia dos litigantes na hipótese em análise, nenhum juiz tem, na prática, condições de, pela simples leitura da inicial, reconhecer ou rejeitar uma prescrição. Não se trata de uma questão apenas de direito, como é a decadência, que se afere por meio de um simples cálculo do tempo ocorrido após o nascimento do direito potestativo de duração predeterminada. A prescrição não opera *ipso iure*; envolve necessariamente fatos verificáveis no exterior da relação jurídica, cuja presença ou ausência são decisivas para a configuração da causa extintiva da pretensão do credor insatisfeito. Sem dúvida, as questões de fato e de direito se entrelaçam profundamente, de sorte que não se pode tratar a prescrição como uma simples questão de direito que o juiz possa, *ex officio*, levantar e resolver liminarmente, sem o contraditório entre os litigantes. A prescrição envolve, sobretudo, questões de fato, que, por versar sobre eventos não

conhecidos pelo juiz, o inibem de pronunciamentos prematuros e alheios às alegações e conveniências dos titulares dos interesses em confronto.

Se é difícil para o juiz decretar *ex officio* e liminarmente a prescrição objetiva do Código Civil (arts. 189, 205 e a maioria dos incisos do art. 206), impossível será fazê-lo nos casos de prescrição subjetiva, como a do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor e alguns incisos do art. 206 do Código Civil. É que nesses casos, além da interferência dos impedimentos, interrupções e suspensões, há a imprecisão do termo inicial da prescrição que se relaciona com um dado pessoal e subjetivo: a data do “conhecimento do dano e de sua autoria”.

Outras leis que autorizam decretação de prescrição no terreno tributário, sem provocação da parte devedora, não o fazem, todavia, sem condicionar a decisão a uma prévia audiência da Fazenda credora (Lei 6.830/1980, art. 40, § 4º), cautela que, com a devida vênia, não poderia ter sido omitida pelo novo Código de Processo Civil a pretexto de rejeição liminar do pedido. (2015, p. 761).

As fragilidades prático-teóricas alusivas à decretação da prescrição sem a prévia oitiva da parte autora não se apresentam como novidades. Antes mesmo do advento do Código de Processo Civil de 2015, Caetano Levi Lopes (2007, p. 14) já anunciava que a legislação brasileira deixava de considerar que a prescrição “é muito mais complexa e demanda um aprofundamento mais amplo na prova do que a decadência. Ocorre que o prazo do derradeiro instituto é peremptório e nada impede, suspende ou interrompe o seu curso. Assim, fica extremamente fácil para o juiz pronunciar, de ofício, a decadência”, ao contrário do que se dá com a prescrição.

Entretanto, não é apenas isso que deve ser problematizado. Ao autorizar que o reconhecimento judiciário da prescrição ocorra sem que, antes, seja deferida à parte ré a oportunidade de pronunciamento, o Código de Processo Civil de 2015 também lhe causa prejuízo jurídico, porque, não obstante a decisão proferida com base no art. 332, § 1º, seja desfavorável à parte autora, a dispensa de oitiva da parte ré é impositiva de óbice ao exercício da faculdade de renúncia à prescrição, a qual, além de lhe ser expressamente garantida pela norma prevista no art. 191 do Código Civil, é assegurada pelo direito à autonomia privada que se impõe como uma das bases normativas do paradigma do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CB).¹⁰

É de se registrar, nesse sentido, que, não obstante previsão expressa de que a prescrição atinge a pretensão nascida da violação de um direito (art. 189 do Código Civil), nada impede que a parte ré renuncie à prescrição apenas para que tenha a oportunidade de torná-la formalmente resistida, nos exatos termos das cogitações liebmanianas sobre a lide.¹¹ Nesse caso, abrir-se-ia a possibilidade de obtenção de uma sentença de mérito desfavorável ao pedido formulado pelo autor, pela qual se acertaria que a parte ré jamais praticou o ato violador de direitos que lhe tenha sido imputado.

10 Sobre o *status* democrático conferido ao direito pela perspectiva da teoria neoinstitucionalista do processo, confira, sobretudo, as produções de Rosemiro Pereira Leal (2017a, 2016a, 2016b, 2013), Roberta Maia Gresta (2014), André Del Negri (2017), Francisco Dourado Rabelo de Andrade (2017), Luís Henrique Vieira Rodrigues (2019), Vinícius Lott Thibau (2018), Bruno Rodrigues Leite (2017), João Carlos Salles de Carvalho (2018), Dário José Soares Júnior (2016) e Luís Gustavo Reis Mundim (2018), Flávia Ávila Penido (2016) e Luiz Sérgio Arcanjo dos Santos (2016).

11 A respeito da temática, confira a publicação de Enrico Tullio Liebman (2001).

Com efeito, embora o *decisum* que reconheça a ocorrência da prescrição por ato solitário do magistrado seja, *prima facie*, prejudicial apenas à parte autora, é, igualmente, danoso para a parte ré, que, diante da improcedência liminar do pedido, encontra-se impossibilitada, ainda no início do procedimento, de optar por adimplir, em razão de personalíssimas convicções éticas ou morais, uma obrigação natural advinda da ocorrência da prescrição da pretensão deduzida pela parte autora, vendo-se impedida, também, de sustentar e ver acertada, a seu favor, a inexistência pretérita de violação de direitos.

Conforme afirmam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2017, p. 739-740), no âmbito do direito privado, a prescrição é disponível e, por isso:

[...] não se pode deixar de pontuar o lastimável equívoco do legislador em permitir que seja ela conhecida *ex officio* pelo juiz. Independentemente de qualquer justificativa com base na economia e celeridade processuais, é certo que a sua natureza privada e disponível não justificam o seu conhecimento de ofício. Todavia, com a redação do art. 487, II, do Código de Processo Civil de 2015 as dúvidas restam dissipadas, não sem uma evidente estranheza, restando assentado que, realmente, o magistrado pode, *motu proprio*, conhecer a prescrição, apesar de estar, com isso, se imiscuindo em uma relação nitidamente privada (patrimonial).

Aliás, convém anotar que o fato de ter o Código de Processo Civil permitido ao magistrado conhecer, *ex officio*, a prescrição não importou em alteração de sua natureza privada. Tanto que continua sendo possível a renúncia à prescrição, por exemplo através do pagamento espontâneo de uma dívida prescrita. Trata-se de mera consequência da própria autonomia privada, decorrente da própria liberdade assegurada constitucionalmente. Nessa tocada, inclusive, foi editado o Enunciado 295 da Jornada de Direito Civil afirmando que o fato de poder o magistrado reconhecer “de ofício da prescrição, não retira do devedor a possibilidade de renúncia admitida o art. 191 do Texto Codificado”.

O que não se esclarece pelo discurso do Enunciado nº 295 da VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, no entanto, assim como pelas disposições do Código de Processo Civil de 2015, é de que modo poderá ser realizada a renúncia à prescrição pela parte ré, na hipótese em que o juiz acolhe a ocorrência da prescrição antes mesmo de determinar a citação, como autorizam as normas previstas nos arts. 332, § 1º e 487, parágrafo único, parte final, do Código de Processo Civil de 2015.

Na Lei nº 13.105/15, bem como no discurso do Enunciado nº 295 da VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, não há qualquer procedimento estabelecido ao exercício da renúncia à prescrição em espaço-tempo que preceda o instante do julgamento liminar pela improcedência.

4. CONCLUSÃO

Com base no articulado, conclui-se que, se o magistrado exercer a faculdade disposta no art. 332, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015, estará violado o direito à autonomia privada de que é titular a parte ré. Caso realizado o julgamento liminar pela improcedência

do pedido por prescrição, portanto, ocorrerá uma lesão à norma constitucional alinhada à democraticidade jurídica, autorizada por legislação infraconstitucional.

Nessa hipótese, impõe-se dano jurídico à parte ré, a qual, diante da improcedência liminar do pedido, terá obstado o seu direito de renunciar à prescrição no espaço procedimental instaurado ao accertamento de direitos.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; SANTOS, José Carlos van Cleef de. Da improcedência liminar do pedido no CPC/2015. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Eduardo. *Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte especial; procedimento comum (da demanda à coisa julgada)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. III.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). *Lei n. 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm. Acesso em: 6 jul. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Lei n. 11.277*, de 7 de fevereiro de 2006. Acresce o art. 285-A à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11277.htm. Acesso em: 6 jul. 2020.

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil: comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Código de processo civil e normas correlatas*. 7. ed.. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2020.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias et al. *Estudo sistemático do NCPD: com as alterações introduzidas pela lei n. 13.256, de 4/2/2016*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Manual elementar de processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015a.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: volume único*. São Paulo: Saraiva, 2015b.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum – procedimento ordinário e sumário*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2, t. I.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A improcedência liminar do pedido e o saneamento do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 252, fev. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boletim_2006/RPro_n.252.07.PDF. Acesso em: 15 fev. 2019.

CAMBI, Eduardo. Julgamento *prima facie* [imediato] pela técnica do art. 285-A do CPC. *Argumenta Journal of Law: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi*. Jacarezinho, v. 6, p. 153-178, 2006.

CARVALHO, João Carlos Salles de. *Pedagogia judicial e processo democrático: a fala processual como exercício de cidadania*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

CASTRO, Bernardo Vassalle de. A participação social no processo legislativo e o desenvolvimento sustentável. In: *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, volume especial 7, n. 13 e 14, p. 213-239, jan./dez. 2010.

COSTA MACHADO, Antônio da. *Código de Processo Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 2. ed. Barueri: Manole, 2008.

DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018. v. 1.

DOURADO DE ANDRADE, Francisco Rabelo. *Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GRESTA, Roberta Maia. *Introdução aos fundamentos da processualidade democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. (Coleção Estudos da Escola Mineira de Processo, v. 1).

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A estrutura fundamental do direito processual dogmático e suas repercussões no Código de Processo Civil brasileiro de 2015. In: OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor (Coord.). *Teoria crítica do processo: contributos da escola mineira de processo para o constitucionalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. (Coleção Teoria Crítica do Direito, v. 6).

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. Prova e jurisdicionalismo no novo CPC brasileiro. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 12, n. 2, p. 36-52, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/5226/pdf>. Acesso em: 6 jul. 2020.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017a.

LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p. 295-313, abr./jun. 2017b.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016a. (Coleção Direito e Justiça).

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 13. ed. rev., atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2016b.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, v. 7).

LEAL, Rosemiro Pereira. Parte como instituto do processo constitucional. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná (Coord.). *Direito processual*. Belo Horizonte: PUC Minas – Instituto de Educação Continuada, 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. O *due process* e o *devir processual democrático*. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 26, p. 99-115, jul./dez. 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e constituição democrática. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as seqüelas míticas do poder constituinte originário. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 53, p. 295-316, jul./dez. 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. A judicialização do processo nas últimas reformas do CPC brasileiro. In: BRÊTAS, Ronaldo C. Dias; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). *Processo civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 253-270.

LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 9, n. 17, p. 89-100, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Araras: Bestbook, 2001.

LEITE, Bruno Rodrigues. *A população em situação de rua e o mandado de segurança*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

LOPES, Caetano Levi. A prescrição pronunciada de ofício e seus reflexos no direito material e no direito processual. In: BRÊTAS, Ronaldo C. Dias; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). *Processo civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 9-20.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Sentença emprestada: uma nova figura processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 135, p. 152-160, maio 2006.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. *Precedentes: da vinculação à democratização*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, Elpídio Donizette. *Curso didático de direito processual civil*. 11. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PENIDO, Flávia Ávila. *Processo e interpretação em Eduardo J. Couture*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

POPPER, Karl Raimund. *O conhecimento e o problema corpo-mente*. Tradução de Joaquim Alberto Ferreira Gomes. Lisboa: Edições 70, 2009.

POPPER, Karl Raimund. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2004.

POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

RODRIGUES, Luís Henrique Vieira. *Tutela de emergência processual*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

SANTOS, Luiz Sérgio Arcaño dos. *Processo e poder constituinte originário: a construção do direito na processualidade jurídico-democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SOARES JÚNIOR, Dário José. *A crise dogmática do processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

THIBAU, Vinícius Lott. Apontamentos críticos sobre a improcedência liminar do pedido. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n. 37, p. 43-59, jan./abr., 2019.

THIBAU, Vinícius Lott. *Garantismo e processualidade democrática*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

Recebido/Received: 22.07.2020.

Aprovado/Approved: 26.09.2020.

DISCRICIONARIEDADE, CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO E ACCOUNTABILITY NO CONTEXTO DOS INCENTIVOS FISCAIS¹

DISCRICIONARIETY, INDETERMINATED
LEGAL CONCEPT AND ACCOUNTABILITY IN
THE CONTEXT OF TAX INCENTIVES

LEONARDO BUISSA FREITAS²
MATEUS ROCHA DE LISBÔA³

RESUMO

A construção histórica do Estado brasileiro aponta para acentuado grau de desigualdade regional entre as unidades federativas. Em decorrência disso, diversos Estados membros passaram a adotar os incentivos fiscais de ICMS como mecanismo para fomento e desenvolvimento socioeconômico. Nesse contexto, emerge um problema de grande monta: o controle e a limitação dos incentivos tributários. Nesse contexto, o presente estudo buscou analisar a incidência da discricionariedade, do conceito jurídico indeterminado e do *accountability* nos incentivos de ICMS concedidos pelo Estado de Goiás. Para tanto, se utilizou o método hipotético-descritivo, recorrendo-se à revisão da literatura e a exposição crítica dos temas abordados. Dessa forma, compreendeu-se os aspectos centrais relativos à dualidade entre tipo e conceito, discricionariedade, conceito jurídico indeterminado e *accountability*, fundados nos referências teóricos de Humberto Ávila, Maria Sylvania Di Pietro, Floriano de Azevedo Marques Neto e Luis Felipe Sampaio. Ademais, a análise dos programas Fomentar, Produzir e Pró Goiás também foi objeto central desta pesquisa, bem como a observação dos atuais conceitos administrativistas acima citados no contexto de tais programas de incentivo tributário. Dessa maneira, restou constatada que a discricionariedade dos incentivos em comento devem ser limitadas pela realização de criterioso e efetivo *accountability*.

PALAVRAS-CHAVES: *Accountability*. Conceito jurídico indeterminado. Discricionariedade. Incentivos fiscais.

- 1 Este artigo faz parte de pesquisa científica desenvolvida junto ao programa de pós-graduação de Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás
- 2 Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário/USP. Professor do PPGDP/UFG. Pesquisador no Projeto Finanças e Políticas Públicas: análises, planejamento e controle no contexto do Federalismo Fiscal cooperativo. Juiz Federal. E-mail: leonardobuissa@gmail.com.
- 3 Graduado em Direito pela Universidade Federal de Goiás; Mestrando em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal de Goiás; Pós Graduando em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo; advogado. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8759-9228>. E-mail: mateusrochalisboa95@gmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

FREITAS, Leonardo Buissa; LISBÔA, Mateus Rocha de. *Discricionariedade, conceito jurídico indeterminado e accountability no contexto dos incentivos fiscais*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 2, p. 247-267, Maio/Ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i2.8055>.

ABSTRACT

The historical construction of the Brazilian State points to a marked degree of regional inequality between the federal units. As a result, several member states have adopted the ICMS tax incentives as a mechanism for socio-economic development and development. In this context, a major problem emerges: the control and limitation of tax incentives. In this context, the present study sought to analyze the incidence of discretion, the indeterminate legal concept and accountability in the ICMS incentives granted by the State of Goiás. For that, the hypothetical-descriptive method was used, using the literature review and the critical exposure of the topics covered. Thus, the central aspects related to the duality between type and concept, discretion, undetermined legal concept and accountability were understood, founded on the theoretical references of Humberto Ávila, Maria Sylvia Di Pietro, Floriano de Azevedo Marques Neto and Luis Felipe Sampaio. Furthermore, the analysis of the Fomentar, Produir and Pró Goiás programs was also central to this research, as well as the observation of the current administrative concepts mentioned above in the context of such tax incentive programs. Thus, it was found that the discretion of the incentives in question must be limited by the realization of judicious and effective accountability.

KEY WORDS: *Accountability. Discretion. Undetermined legal concept. Tax incentives.*

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A construção do Estado brasileiro se deu, historicamente, de maneira desigual e sem a elaboração e execução consistente de algum projeto que considerasse o território nacional como um todo, favorecendo, assim, ao surgimento de consideráveis disparidades regionais, de modo que, ao lado da existência de centros pujantes economicamente, existem regiões com índice de desenvolvimento socioeconômico em menor grau.

Diante dessa realidade, bem como frente à persistente ausência de políticas públicas efetivas e duradouras de âmbito nacional voltadas para o desenvolvimento das regiões com menores índices socioeconômicos, os Estados membros, constatados os entraves que possuem para o desenvolvimento em grau mais acentuado de seu território, passaram, ao longo do século XX, a adotar a instituição de programas de incentivo fiscal de ICMS para a atração de maiores investimentos do setor privado.

Em razão da relevância que tais programas de incentivo fiscal foram assumindo no decorrer das últimas décadas, em especial para os Estados situados nas regiões Centro-Norte do país, se tornou de primeira ordem de importância a investigação relativa a tal fenômeno, em especial em decorrência do considerável poder que tais incentivos conferem aos representantes políticos, tendo em vista que a renúncia fiscal deles advinda é de elevada monta.

Ciente da relevância que tais formas de fomento da economia apresentam para grande parte dos Estados brasileiro, esta pesquisa centrar-se-á na análise de conceitos atuais que envolvem o Direito Administrativo, em especial os de discricionariedade, conceito jurídico indeterminado e *accountability*, para que seja possível compreender a existência de eventuais falhas tipológicas por parte dos programas objeto deste estudo.

A análise dos incentivos fiscais sob o viés de tais conceitos fornecidos pela disciplina jus administrativista decorre do problema central que o presente estudo irá abordar: a malversação dos incentivos fiscais de ICMS. Em decorrência do peso que tais benefícios pos-

suem, os governantes se veem imbuídos de considerável poder político em mãos para dispor, sendo necessário, portanto, efetivo controle sobre sua concessão e execução.

Tal controle, cabe desde já enfatizar, se torna prioritário justamente porque a deflagração da anomalias no tratamento dos incentivos fiscais é nefasta para o Estado membro que o instituiu, não apenas pelos efeitos às finanças públicas de cada unidade federada, como também pela ineficiência e inefetividade que deles pode advir, contribuindo para o agravamento das precárias condições socioeconômicas do Estado instituidor.

Assim, realizando um recorte epistemológico no Estado de Goiás, o presente artigo concentrar-se-á na análise dos principais incentivos fiscais-financeiro instituídos por essa unidade da Federação, no caso, os programas Fomentar, Produzir e Pró Goiás.

Dessa forma, constata-se que o Estado de Goiás, através de seus programas de fomento, será objeto desta pesquisa, delimitando-se a análise ora elaborada aos limites territoriais deste ente político. Ademais, pontua-se que o lapso temporal em estudo remonta ao ano de 1984 até os dias atuais, tendo em vista que o primeiro desses programas instituído, qual seja, o Fomentar, foi promulgado por lei estadual que data do referido ano da década de 1980.

Nesse sentido, diante do problema aqui exposto, qual seja, a possível malversação tipológica de programas de incentivo fiscal sob a ótica de elementos centrais do atual Direito Administrativo, obtém-se como objetivo geral desta pesquisa a compreensão de como deve e como se dá a incidência da discricionariedade, do uso de conceitos jurídicos indeterminados e de *accountability* nos diplomas legais instituidores de tais incentivos de fomento econômico, tendo em vista a importância central que tais benesses tributárias possuem nos dias atuais para a economia dos Estados membros que os instituem.

Para tanto, buscar-se-á, como objetivo específico primeiro, o entendimento dos três conceitos fundamentais trazidos ao bojo desta pesquisa: discricionariedade, conceito jurídico indeterminado e *accountability*. Além disso, a compreensão do instituto dos incentivos fiscais, a partir de uma análise conceitual e tipológica, se torna de suma relevância.

Em seguida, para que o estudo concreto dos programas objeto desta pesquisa se concretize, esta pesquisa apresenta como segundo objetivo específico a descrição e a compreensão das leis instituidoras dos programas Fomentar, Produzir e Pró Goiás.

Ainda, manifesta-se igualmente como objetivo específico desta pesquisa, a compreensão de como se deve processar a incidência dos três elementos jus administrativistas suscitados sob a ótica das referidas leis de regência desses programas de incentivo fiscal concedidos pelo Estado de Goiás.

Assim sendo, a metodologia utilizada para se alcançar o resultado pretendido, qual seja, a análise da discricionariedade, do conceito jurídico indeterminado e do *accountability* nos programas de incentivo fiscal será a revisão bibliográfica para a acepção dos conceitos ora levantados, bem como a exposição do atual estado da arte envolvendo tal temática. Além disso, utilizar-se-á o método hipotético-dedutivo, construindo conjecturas com alta probabilidade de ocorrência, para a posterior análise da pertinência da hipótese lançada.

Nesse sentido, a hipótese a ser testada consiste justamente em que as leis instituidoras dos incentivos fiscais concedem alto grau de discricionariedade aos governantes através da

previsão em larga escala de conceitos jurídicos indeterminados, sendo de suma importância o controle e o *accountability* para se evitar a malversação desses mecanismos.

Por fim, cabe salientar que a estrutura deste artigo assenta-se em seis capítulos, sendo o primeiro relativo à exposição dos três elementos jus administrativistas objeto deste estudo, enquanto no segundo será analisado os incentivos fiscais sob a ótica dual de tipo e conceito. Do terceiro ao quinto capítulo discorrer-se-á sobre cada um dos programas de incentivo instituídos pelo Estado de Goiás: o Fomentar, o Produzir e o Pró Goiás, respectivamente. Em seguida, no capítulo sexto, concretizando o método hipotético-dedutivo, constatar-se-á a incidência da premissa maior, qual seja, a discricionariedade, o conceito jurídico indeterminado e o *accountability*, sobre a menor, isto é, os programas de incentivo fiscal em análise. Por fim, na conclusão serão expostos os resultados obtidos desta pesquisa.

Adentra-se, agora, na compreensão dos conceitos administrativistas e tributários necessários para a análise que se põe realizar.

1. DISCRICIONARIEDADE, CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO E ACCOUNTABILITY NO ATUAL ESTÁGIO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Oportuno destacar, primeiramente, que a presente pesquisa assenta-se fundamentalmente na concepção de tipo e conceito suscitada pela doutrina tributária especializada (ÁVILA, 2018, p. 11) mas de grande valia e aplicabilidade para os termos jus administrativistas que consistem no cerne deste estudo.

Dessa forma, a acepção conferida ao termo tipo deve ser tratada como "a descrição de características habituais que costumam comumente ocorrer, devendo ser analisadas em conjunto" (ÁVILA, 2018, p. 12), de modo que tal expressão se limita a descrever propriedades típicas que constantemente são observadas, não sendo, todavia, tais propriedades necessárias e suficientes para a verificação do tipo.

Nessa perspectiva, quando determinada categoria é compreendida como tipológica, implica dizer que é possível expor determinadas características genéricas a ela relativas. Contudo, caso ausente alguma dessas características, a identificação da categoria em questão não estará comprometida por si só, podendo ser observada diante da presença de outros elementos que servirão de substrato para sua individualização.

De maneira geral, a categoria tipológica terá maior grau de abstração e generalidade, podendo ser constatada sua ocorrência a partir da presença de propriedades que comumente, porém não necessariamente, ocorrem.

Ao contrário, o termo conceito traz a ideia de propriedades necessárias e suficientes para sua verificação, no sentido de que sem determinada propriedade o conceito não se manifesta, do mesmo que com tais propriedades o conceito se confirma (ÁVILA, 2018, p. 11). A consequência disso é que, ao contrário da concepção de tipo, o conceito será composto por estruturas rígidas, limitadas e exaustivas.

Desse modo, a categoria conceitual estará presente apenas quando todos os elementos que consistem em seus requisitos estiverem presentes, o que confere maior grau de concretude a essa categoria, distinguindo, nesse ponto, sobremaneira da categoria tipológica.

Na seara tributária a ideia de conceito pode ser facilmente constatada, diante do fato de que sua essência é ser composta por normas que visam à limitação ao poder estatal de tributar. Assim, o próprio fato gerador no Direito Tributário, por exemplo, é categoria conceitual, porque, caso não se faça presente determinado elemento necessário e suficiente para sua ocorrência, tal fato não se concretizará e a obrigação tributária não nascerá.

Neste estudo, todavia, a despeito da natureza tributária intrínseca aos incentivos fiscais, estes serão analisados sob a ótica de estruturas que se inserem, primordialmente, na seara jus administrativista, em razão de ambos os ramos se filiarem ao Direito Público e, dessa forma, terem regime jurídico semelhante em alguns aspectos.

Dentre esses aspectos que permitem a comunicação entre Direito Tributário e Administrativo emerge a concepção que se tem dos termos discricionariedade, conceito jurídico indeterminado e *accountability*, os quais ganham considerável relevância no tocante aos incentivos fiscais, pois, por meio deles, o controle jurídico da instituição e execução desses benefícios poderá ser concretizado.

Nesse contexto, é fundamental se compreender que os três termos jus administrativas em comento são de categoria tipológica, de modo que os elementos estruturantes de tais expressões são fluidos, ilimitados e exemplificativos.

Essa distinção é fundamental para que se possa compreender o controle dos incentivos fiscais de maneira mais apropriada, especialmente diante do fato de que não se observar uma estrutura rígida para a configuração do *accountability* ou do conceito jurídico indeterminado, de modo que a discricionariedade do governante, nesse aspecto, deve ser criteriosamente controlada e fiscalizada, sob pena de nefasta malversação dos incentivos fiscais, o que gera consequências consideravelmente perversas às finanças públicas, à economia estadual e, conseqüentemente, às condições sociais.

Adentrando especificamente na análise de cada categoria tipológica em estudo, cabe ressaltar, a respeito da discricionariedade, que esta se manifestará nas hipóteses em que o poder da Administração puder adotar a solução casuística com base em critérios de oportunidade, conveniência, justiça e equidade, diante da ausência de definição conceitual por parte do legislador (DI PIETRO, 2016, p. 254).

Deve-se, no entanto, pontuar que tal perspectiva da discricionariedade não pressupõe que o poder é ilimitado; ao contrário, a liberdade de atuação do administrador público encontrará limitação traçada pela lei.

De todo modo, o controle da discricionariedade do agente competente, ainda que mereçam ser respeitados o mérito administrativo e o juízo político, apresenta considerável importância, diante do poder jurídico que é conferido a tal agente.

A compreensão desse poder remonta à expansão da legalidade (DI PIETRO, 2012, p. 3), que, ao reger toda a estrutura do Estado de Direito, limita o poder dos representantes estatais, emergindo a discricionariedade como vasto espaço de atuação do agente público em

sentido amplo, o qual passa a deter considerável parcela de poder jurídico para o exercício de sua competência.

Nesse contexto emerge a compreensão tipológica de conceito jurídico indeterminado. Este surge no debate jurídico a partir da teoria dos motivos determinantes, a qual limitava a discricionariedade administrativa na medida em que possibilitava ao Poder Judiciário o exame da legalidade dos motivos suscitados pelo administrador (DI PIETRO, 2012, p. 10).

A consequência disso foi a apreciação dos fatos, seguida, posteriormente, da qualificação jurídica dos mesmos apresentados na motivação pelo administrador público. Com isso, tornou-se possível o exame dos conceitos jurídicos indeterminados, termos com sentidos amplos e abertos, eminentemente tipológicos, sendo compreendido, em suma, como a outorga de discricionariedade à Administração Pública (DI PIETRO, 2012, p. 10). De todo modo, na medida em que se concedia ao Poder Judiciário o exame dos conceitos jurídicos indeterminados utilizados pelo administrador público, houve a natural redução da discricionariedade administrativa, passando esta a conviver com maiores limitações e controle.

Do outro lado da perspectiva da atuação do administrador público, momento no qual se encontra a manifestação da discricionariedade e da concretização e preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados, apresenta-se a ideia de *accountability*, voltada, sobretudo, para a ideia de prestação de contas, responsabilização (MARQUES NETO, 2010, p. 2).

Deve-se ressaltar que o poder discricionário é prerrogativa fundamental para o Estado Social Democrático de Direito que se constrói. Isso porque somente através da liberdade de atuação do administrador público se poderá pensar, elaborar, construir e concretizar políticas públicas eficientes e efetivas para a garantia de direitos assegurados pelo ordenamento jurídico.

Dessa maneira, a atuação plenamente vinculada da Administração Pública não atende às necessidades e demandas de uma sociedade altamente complexa como a atual. O poder discricionário do gestor público emerge justamente nesse momento, diante da possibilidade de escolha, conforme critérios de conveniência e oportunidade, dos mecanismos jurídicos a serem elaborados e concretizados pela Administração Pública.

Ocorre que, conforme já demonstrado, a atuação da Administração Pública, quando imbuída de discricionariedade, não pode ocorrer de maneira ilimitada. A concepção de conceitos jurídicos indeterminados emergem justamente em virtude dessa celeuma, visando conferir prerrogativas de controle pelo Poder Judiciário na tarefa de apreciar atos do administrador público dotados de discricionariedade.

Da mesma forma, ainda que discricionária determinada escolha, esta deverá atender aos requisitos de controle estabelecidos em lei, sendo corolário dessa exigência o que se conceitua como *accountability*, isto é, a prestação de contas e a responsabilização do gestor público pelos atos elaborados.

No presente caso, tais elementos assumem contornos de mais alto relevo, tendo em vista a abertura que assumem os incentivos fiscais, desde seus pressupostos jurídicos e fáticos, passando pelos mecanismos fornecidos pelo ordenamento jurídico para sua elaboração e findando-se no âmbito do controle que deverá ser realizado posteriormente à sua concessão.

Diante de todo o exposto, deve-se ressaltar a relevância dos tipos aqui apresentados, em decorrência do fato de que, ainda que a atuação do administrador público no que se refere à concessão de incentivos fiscais seja discricionária, ela não poderá ser tida como arbitrária, devendo-se estabelecer limites e critérios, com base no preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados que circundam a matéria, assim como com a estipulação de um criterioso e límpido *accountability* por parte da autoridade administrativa concessora de tais incentivos.

2. INCENTIVOS FISCAIS-FINANCEIROS – COMPREENSÃO NORMATIVA E TIPOLOGIAS

Compreendidos os termos tipológicos administrativistas fundamentais para esta pesquisa, adentra-se agora na seara preponderantemente tributária e financeira, a partir do estudo dos incentivos fiscais, tanto em sua perspectiva conceitual, como através da compreensão de suas tipologias.

Tradicionalmente, o tributo é tido a partir de sua finalidade fiscal, voltado para a arrecadação e fornecimento de receitas públicas ao Estado, para que este possa executar e adimplir as obrigações contraídas. Nessa perspectiva, se tem a compreensão de Estado Tributário Distribuidor, sendo o ente que tributa os que mais possuem, na medida do possível, para repassar aos que mais necessitam, seja através dos serviços ou bens públicos, seja por meio pecuniário propriamente dito (MACHADO; MOREIRA, 2019, p. 157).

Através da concepção fiscal do tributo, este assume papel prioritário no financiamento dos direitos fundamentais (CORREIA NETO, 2019, p. 185). Isso porque os recursos públicos arrecadados pelo recolhimento dos tributos exigidos do contribuinte serão, posteriormente, revertidos para o financiamento das mais diversas obrigações assumidas pelo Estado, destacando-se, nessa perspectiva, a efetivação dos direitos fundamentais, sejam os relacionados com a defesa, com a participação ou com a prestação concreta por parte do ente estatal.

No entanto, o tributo não assume finalidade exclusivamente fiscal. Conforme entendimento pacífico da doutrina tributária, os tributos podem assumir também conotação extrafiscal, no sentido de estimular ou desestimular determinada atividade econômica (MACHADO, 2015, p. 36). Assim, é justamente nessa acepção tributária que emerge o fenômeno dos incentivos fiscais.

Dessa maneira, os incentivos fiscais manifestam-se como instrumento previsto na Constituição Federal para o combate da desigualdade interna do país, possibilitando o desenvolvimento regional de modo amplo e igualitário. Nessa perspectiva, o desenvolvimento deve ser encarado não apenas como um elemento de ordem quantitativa, mas sim equitativa, diferenciando-se, portanto, do mero crescimento econômico (BERCOVICI, 2003, p. 103).

Assim, os incentivos fiscais se manifestarão a partir da tributação sob a perspectiva da função indutora, motivando o agente econômico como um fator de alavancagem do desenvolvimento econômico de determinada região do país (BEVILACQUA, 2013, p. 162).

Deve-se ressaltar que, ao contrário dos tipos apresentados no tópico supra (discricionariedade, conceito jurídico indeterminado e *accountability*), os incentivos fiscais apresentam característica conceitual, sendo termo de conotação fechada, composto por elementos necessários e suficientes para sua manifestação.

Tal acepção dos incentivos fiscais encontra-se em conformidade com o método construtivista lógico-semântico (PIVA, 2018, p. 36). Por meio deste, analisa-se o fenômeno jurídico a partir da linguagem (constructivismo), indicando análise sintática da língua na perspectiva lógica, bem como a relação dos signos com os objetos que se constrói (perspectiva semântica).

Com base nesse método, os incentivos fiscais são compreendidos como normas jurídicas que alteram a configuração da regra-matriz de incidência tributária, seja por meio de mudança no antecedente (critérios material, espacial e temporal), seja no consequente (pessoal e quantitativo), de modo que instaurar-se-á uma normatividade de indução e atração de investimento, atendendo, assim, à finalidade extrafiscal do tributo.

Compreendidos os aspectos conceituais dos incentivos fiscais, cabe agora mencionar as tipologias que tal fenômeno jurídico assume. Tal classificação é de grande relevância, em especial no tocante aos programas Fomentar, Produzir e Pró Goiás, que podem assumir também perspectiva de incentivo financeiro e não meramente fiscal.

A relevância da devida compreensão dessa classificação aumenta na medida em que a Constituição Federal não assentou-se em rigoroso critério técnico para a definição e delimitação dos incentivos fiscais. Assim, encontra-se no texto constitucional as expressões benefícios e incentivos fiscais (artigos 43, §2º, 151, I, 155, §2º, XII, g, 156, §3º, III, 195, §3º, 227, §3º, VI, CF e artigos 40, 41 e 88, II, ADCT) indicando, em suma, o mesmo fenômeno, ainda que divergentes tais conceitos.

Portanto, por benefícios fiscais devem-se compreender normas jurídicas que interferem na regra matriz de incidência tributária, diminuindo ou eliminando o montante pecuniário devido, sem, contudo, buscar induzir a conduta do contribuinte. Assim, é o caso de benefícios concedidos a título de isenção de IRPF (art. 6º, Lei Federal n. 7.713/1988), os quais não possuem o intuito de induzir a conduta do contribuinte.

Ao contrário, os incentivos fiscais manifestam-se também pela interferência na regra matriz de incidência tributária, diminuindo ou eliminando o montante pecuniário devido, porém, com a finalidade extrafiscal, de indução do comportamento do agente privado. Já os incentivos financeiros diferenciam-se dos fiscais, já que não encontram-se no âmbito do Direito Tributário, na medida em que concedem privilégios após a extinção da obrigação tributária, estando, portanto, tais relações imbuídas de caráter extra tributário (PIVA, 2018, p. 195).

Dessa maneira, compreendidas as acepções conferidas aos incentivos fiscais em sentido lato, adentra-se, agora, na análise de cada um dos programas objeto deste estudo.

3. O PROGRAMA FOMENTAR

Compreendidos os aspectos teóricos que fundamentam esta pesquisa, cabe agora adentrar especificamente no estudo dos programas de incentivo financeiro-fiscal de ICMS estabelecidos pelo Estado de Goiás ao longo das últimas décadas, a começar pelo Fomentar, promulgado pela Lei Estadual n. 9.489, de 19 de julho de 1984.

Dessa forma, por meio do mencionado ato legislativo goiano, restou estabelecido o Fomentar, Fundo de Participação e Fomento à Industrialização do Estado de Goiás, criado com o escopo de incrementar o setor industrial do Estado, seja através da implantação, seja por meio da expansão de atividades já existentes (GOIÁS, 1984, artigo 1º).

Dessa forma, se observa, desde já, que o escopo de tal incentivo fiscal-financeiro consiste justamente no desenvolvimento do setor industrial da economia goiana, partindo-se do pressuposto de que tal área produtiva necessitaria de estímulos por parte do ente estatal para que pudesse ser mais e/ou melhor desenvolvida.

Para a composição desse fundo, a lei elencou como fontes o Tesouro Estadual, créditos orçamentários destinados pelo Poder Público, recursos colocados à sua disposição por instituições públicas ou privadas, rendimentos provenientes de suas operações (encargos financeiros, reembolso de capital e outros), produto de alienação de ações, debentures e outros títulos ou bens adquiridos ou incorporados ao Fundo e rendas oriundas de títulos mobiliários.

É importante salientar tal aspecto para destacar, primordialmente, a natureza e a origem das verbas que compõe o fundo em comento, de modo que, tratando-se de finanças públicas, o controle deve ser rigoroso, em decorrência do fato de que o Estado necessita de estar com saúde financeira para que possa efetivar os direitos a que se obrigou (HOLMES; SUSTEIN, 1999, p. 23).

Por fim, a referida lei estabeleceu também (GOIÁS, 1984, artigo 8º) a criação do Conselho Deliberativo, composto por secretários de Estado, representantes de federações e sindicato, bem como da Diretoria Executiva, a cargo do Banco de Desenvolvimento do Estado de Goiás, os quais exerceriam a administração do Fomentar.

Essa estrutura administrativa deve, desde já, ser realçada, pois, conforme se constatará adiante, consiste em um dos aspectos centrais da pesquisa. Isso porque a lei confere poderes ao Conselho Deliberativo do Fomentar, especialmente para a suspensão e revogação dos benefícios concedidos (GOIÁS, 1990, artigo 6º).

Ocorre que a criação de tal fundo ainda não serviu para a alavancagem do setor industrial do Estado de Goiás. Desse modo, seis anos depois, foi promulgada a Lei Estadual n. 11.180, de 19 de abril de 1990, estabelecendo modificações no programa Fomentar e criando, assim, o incentivo financeiro-fiscal que buscava a indução dos agentes econômicos para o desenvolvimento desse setor da economia goiana.

A diferença, portanto, consistia no fato de que a lei promulgada no ano de 1984 apenas criou o fundo Fomentar, porém foi apenas em 1990 que o incentivo fiscal-financeiro foi criado.

Nesse contexto, foram estabelecidos quatro estímulos aos empreendimentos industriais goianos (GOIÁS, 1990, artigo 2º): (i) venda de terrenos nos distritos industriais do Estado, (ii) edificação de obras de construção civil em áreas urbanas de propriedade do Estado de Goiás consideradas de alta relevância para o desenvolvimento regional, (iii) pagamento do ICMS pela alíquota de 7% (sete por cento) nas operações que realizarem com outros estabelecimentos industriais também beneficiários do programa com produtos de fabricação própria e abarcados pelo projeto aprovado no Conselho Deliberativo do Fomentar e, enfim, (iv) empréstimos de até 70% (setenta por cento), via recursos orçamentários, do ICMS que a empresa tiver de recolher ao erário estadual, excetuado o imposto decorrente de saída de mercadoria a título de bonificação, doação, brinde ou operação semelhante, sendo este o cerne do programa.

Tal previsão legal estabelece, assim, relação de ordem jurídico financeira, já que o beneficiário manterá o recolhimento integral do ICMS devido; contudo, tal adimplemento se dará por meio de financiamento perante o agente competente mantido pelo Estado. Nos dizeres de Lucas Bevilacqua (BEVILACQUA, 2013, p. 64), essa prática pode ser sintetizada da seguinte forma: "o contribuinte quita a obrigação tributária com o empréstimo tomado perante o agente financiador, formando uma segunda relação jurídica de natureza não tributária".

Em decorrência dessa sistemática que o incentivo do Fomentar tem natureza fiscal-financeira, e não meramente tributária, já que extrapola a relação jurídico-tributária entre Estado e sujeito passivo.

Por fim, cabe destacar ainda que, assim como os demais programas em análise, o Fomentar pode ser taxado como incentivo a custo zero (BEVILACQUA, 2013, p. 177). Este implica na concessão de determinado estímulo para empreendimentos antes inexistentes, de modo que a corrente arrecadação tributária não sofrerá qualquer impacto direto advindo desse incentivo, o qual atual exclusivamente sobre o ICMS novo gerado.

4. O PROGRAMA PRODUZIR

Visando expandir os efeitos advindos do programa Fomentar, o Estado de Goiás, visando incrementar sua política desenvolvimentista do setor industrial, criou o programa Produzir, através da Lei Estadual n. 13.591, de 18 de janeiro de 2000, tido como o novo instrumento de execução da política industrial do Estado de Goiás.

Para que determinado agente privado possa usufruir do incentivo em análise, a lei estabelece como critério de enquadramento a apresentação de projeto de viabilidade econômico-financeira que atenda aos requisitos relativos aos beneficiários e às prioridades determinadas pela lei (GOIÁS, 2000, artigo 4º).

A avaliação de tal projeto caberá à Comissão Executiva do Produzir, esfera com competência para a aprovação de tais requerimentos. Mais uma vez, importante destacar esse aspecto, tendo ciência da estrutura administrativa que tais programas apresentam para a tomada de decisões.

Nesse contexto, destaca-se que o Produzir prevê a criação de dois centros de competência administrativa em sua estrutura: a Comissão Executiva e o Conselho Deliberativo. A diferença entre ambas, além das competências previstas na lei⁴, consiste na composição de cada: enquanto a primeira possui quatro representantes do Estado (sendo três secretários de Estado e o Diretor-Presidente da Agência de Fomento S.A.) e três da sociedade civil, o Conselho Deliberativo apresenta doze representantes do Estado e onze da sociedade civil.

Conforme restará melhor delineado e aprofundado a seguir, pode-se constatar que a abertura do programa Produzir para a sociedade civil consiste em válido e importante mecanismo de legitimação democrática, tendo em vista que possibilita a participação de representantes da sociedade civil na tomada de decisões do programa.

Estabelecida a concessão do incentivo, o beneficiário poderá usufruir dos seguintes benefícios, nos termos aprovados pelo Conselho competente do Produzir (GOIÁS, 2000, artigo 20): (i) financiamento de até 73% (setenta e três por cento) do ICMS devido ao Tesouro Estadual advindo de operações industriais próprias; (ii) subvenção para investimento de até 100% (cem por cento), caso se destine à ampliação ou à modernização do parque industrial; e (iii) pagamento do ICMS pela alíquota de 7% (sete por cento) nas operações com produtos de fabricação própria que realizarem com outros estabelecimentos industriais beneficiários do programas Fomentar ou Produzir. Percebe-se, mais uma vez, que o atrativo prioritário do programa é o financiamento do ICMS devido ao Estado de Goiás, assim como se processava com o Fomentar, porém, dessa vez, no montante de até 73% (setenta e três por cento).

Ocorre que sobre tal incentivo financeiro-fiscal o beneficiário deverá realizar os seguintes pagamentos (GOIÁS, 2000, artigo 20): (i) adiantamento de, no mínimo, 10% (dez por cento) do valor da parcela de ICMS incentivado mensal; (ii) incidência de juros de até 0,2% (dois décimos por cento) ao mês, não capitalizáveis, cujo pagamento será feito mensalmente; e (iii) recolhimento de 15% do ICMS incentivado ao Fundo Protege⁵ (GOIÁS, 2003, artigo 9º).

Nesse ponto cabe destacar que o Fundo Protege consiste em verbas destinadas à prestação de serviços sociais, especialmente das áreas de nutrição, habitação, saúde, educação, saneamento básico, assistência social, reforço de renda familiar (GOIÁS, 2003, artigo 1º). Em suma, trata-se de um mecanismo criado pelo Estado de Goiás em criar um fundo voltado

4 Lei Estadual n. 13.591/2000: Art. 11 – O Conselho Deliberativo terá as seguintes atribuições: I – aprovar a programação, o orçamento e o relatório anuais; II – estabelecer as diretrizes, prioridades e estratégias de atuação; III – apresentar, anualmente, ao Chefe do Poder Executivo, relatórios circunstanciados sobre a execução e os resultados auferidos pelo PRODUIZIR; IV – sugerir ao Poder Executivo modificações no disciplinamento jurídico do PRODUIZIR; V – autorizar a utilização dos recursos do FUNPRODUIZIR, promovida pela Superintendência do Fomentar/Produzir da Secretaria de Indústria e Comércio, visando atender a programas de interesse para o desenvolvimento do Estado; VI – outras atribuições de ordem geral. Art. 12. O Conselho Deliberativo terá uma Comissão Executiva constituída pelos Secretários de Estado de Desenvolvimento Econômico, Científico e Tecnológico e de Agricultura, Pecuária e Irrigação, da Fazenda, de Gestão e Planejamento e pelo Diretor-Presidente do Agente Financeiro do Programa PRODUIZIR, que representam o Estado de Goiás, e, ainda, pelos Presidentes da Federação das Indústrias do Estado de Goiás e da Associação Pró-Desenvolvimento Industrial do Estado de Goiás – ADIAL, bem como por 02 (dois) membros eleitos pelos representantes das entidades da sociedade civil que dele participam, com as seguintes atribuições: I – elaboração das propostas anuais de programação e do orçamento; II – elaboração e apresentação ao Conselho Deliberativo do Relatório Anual das atividades do PRODUIZIR; III – aprovação de normas e procedimentos operacionais; IV – aprovação de projeto e concessão de benefício; V – acompanhamento de execução do PRODUIZIR e dos projetos assistidos, em articulação com o Agente Financeiro e os outros órgãos governamentais envolvidos; VI – outras atribuições definidas no regulamento.

5 Lei Estadual n. 14.469/2003: Art. 9º Fica o Chefe do Poder Executivo autorizado a: II - condicionar a fruição de benefício ou incentivo fiscal, concedido por meio de lei estadual, à contribuição para o Fundo de que trata esta Lei correspondente ao percentual de até 15% (quinze por cento) aplicado sobre o montante da diferença entre o valor do imposto calculado com aplicação da tributação integral e o calculado com utilização de benefício ou incentivo fiscal

exclusivamente à prestação de atividades assistenciais, de modo que todo o regramento conferido à execução orçamentária possa ser diminuído.

Ainda, importante destacar que, a despeito de, à primeira vista, a renúncia fiscal envolvida ser na casa dos 70% (setenta por cento), o incentivo efetivo restará estabelecido em montante bem inferior, diante de todas as regras de contrapartida que a legislação estabelece para se usufruir do benefício em comento.

Outro aspecto de grande relevância da lei do Produzir consiste no estabelecimento de critérios objetivos para se usufruir integralmente o valor do imposto financiado (GOIÁS, 2000, artigo 20-A). Nesses termos, a lei prevê fatores de desconto que atuarão sobre o montante de financiamento firmado entre o Poder Público e o particular, sendo tais fatores ligados à adimplência, à aquisição de determinadas mercadorias, à manutenção de emprego, a questões de ordem ambiental e ao investimento em determinados setores de atuação estatal por parte do beneficiário do Produzir.

O regramento referente aos ditos fatores de desconto consiste em mecanismo voltado para assegurar o gozo eficiente e responsável do incentivo por parte dos beneficiários, tendo em vista que não bastará a obtenção do benefício em comento, devendo ter que apresentar, mensalmente, o cumprimento dos fatores de desconto a que se obrigou atender, sob pena de o incentivo sofrer sensível afetação e diminuição.

Por fim, deve-se indicar, a respeito da estrutura e procedimentalização do Produzir a criação e atuação da Agência de Fomento de Goiás S.A., enquanto Agente Financeiro do programa. Isso porque a obtenção do benefício em comento somente se concretiza com a estipulação do contrato junto a tal pessoa jurídica, sendo que esta irá atuar como o agente financiador do incentivo.

5. O PROGRAMA PRÓ GOIÁS

Após a duração de vinte anos do programa Produzir, o Estado de Goiás estabeleceu seu novo programa de incentivo fiscal, o Pró Goiás, por meio da Lei Estadual n. 20.787, de 03 de junho de 2020. Tal programa foi elaborado com fundamento em três critérios prioritários, quais sejam, o alinhamento à Lei Complementar n. 160/2017, a busca pela maior desburocratização dos incentivos fiscais e o combate à insegurança jurídica nesse setor.

Dessa maneira, cabe salientar inicialmente que o norte prioritário do novo programa de incentivo fiscal do Estado de Goiás remonta à disciplina conferida pela Lei Complementar n. 160, de 7 de agosto de 2017 às isenções e aos incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais. Com fulcro nessa norma, restou criada a possibilidade de Estados membros aderirem a programas de incentivo fiscal concedidos por outros Estados componentes da mesma região, durante o prazo que durar o benefício na unidade federada criadora (BRASIL, 2017, artigo 3º). Assim sendo, com base na adesão à Lei Complementar n. 93/2001 e à Lei Estadual n. 4.049/2011, ambas do Estado do Mato Grosso, o Estado de Goiás criou o mencionado programa Pró Goiás.

Como os seus antecessores históricos, o Pró Goiás busca o desenvolvimento socioeconômico do Estado através da implantação, da ampliação e da revitalização dos estabelecimentos industriais de seu território, de modo que o enquadramento dos beneficiários se dará com base nessas categorias. (GOIÁS, 2020, artigo 3º).

A respeito dos incentivos concedidos, o programa prevê a concessão de crédito outorgado, conotando, assim, tratar-se, dessa vez, de incentivo eminentemente fiscal, e não mais financeiro-fiscal. O crédito outorgado a ser concedido poderá ser de duas categorias, considerando sempre o valor positivo resultante do confronto entre os débitos e os créditos do imposto: (i) de 67% (sessenta e sete por cento) para o estabelecimento que se localizar em município tido como prioritário (a ser determinado em regulamento), optar por metas de arrecadação ou que pertencer a empresa cuja receita bruta anual não ultrapasse o limite de enquadramento do Simples Nacional; ou (ii) variável entre 64% (sessenta e quatro por cento) a 66% (sessenta e seis por cento), conforme a decorrência do tempo de fruição do incentivo, pelo período de até 12 (doze) meses, de 13 (treze) a 24 (vinte e quatro) meses (percentual de 65%) ou a partir do 25º (vigésimo quinto) mês, respectivamente (GOIÁS, 2020, artigo 5º). Ainda, restou possibilitada também, mediante autorização de decreto específico, a substituição do crédito outorgado em comento pela fruição de crédito presumido, desde que o interessado tenha se enquadrado como beneficiário do programa e seja concedida para o creditamento de aquisição de matéria-prima, material secundário, insumos e materiais de acondicionamento.

De todo modo, para se usufruir de tal incentivo, o beneficiário deverá apresentar como contrapartida: (i) recolhimento ao Fundo Protege Goiás do percentual de 10% (dez por cento), 8% (oito por cento) ou 6% (seis por cento), conforme o período de fruição do programa, considerando o valor concedido pelo incentivo; (ii) a realização dos investimentos assumidos; e (iii) o deferimento do pedido pelo Conselho de Desenvolvimento Industrial do Estado de Goiás, ouvidas as Secretarias de Estado da Indústria, Comércio e Serviços e da Economia, sendo que o requerimento realizado deverá estar de acordo com o programa Pró Goiás e atender aos critérios de conveniência e oportunidade do interesse público (GOIÁS, 2020, artigo 11).

Para a fruição do referido o incentivo, o estabelecimento beneficiário não poderá gozar dos incentivos Fomentar ou Produzir, tampouco exercer determinadas atividades produtivas elencadas pela lei em análise (GOIÁS, 2020, artigo 6º). Ocorre que, a despeito de tais limitações legais, restou estabelecida a prerrogativa do Chefe do Poder Executivo, via decreto estadual, fundado em relevante interesse econômico, social, fiscal ou de melhoramento da cadeia produtiva goiana, afastar tais vedações.

Percebe-se, desde já, que a lei do Pró Goiás apresenta notória distinção com relação aos seus programas antecessores, sendo a maior concentração de poderes nas mãos do Governador do Estado a principal delas, em contraposição à maior desconcentração decisória para o Conselho Deliberativo e a Comissão Executiva previstas no Produzir.

Dessa forma, a existência de esses dois órgãos consultivos e decisórios é substituída pela presença do Conselho de Desenvolvimento Industrial do Estado de Goiás (GOIÁS, 2020, artigo 15), composto pelo Governador e quatro secretários de Estado. A abertura para a participação da sociedade civil somente ocorre, agora, através do Conselho Consultivo, composto por oito representantes civis, porém tendo sua estrutura ligada ao Conselho de Desenvolvi-

mento Industrial, sem poder decisório e tendo suas atribuições estabelecidas, mais uma vez, por decreto do Governador.

Por outro lado, estabelecendo como obrigações a serem seguidas pelo beneficiário do programa, a lei do Pró Goiás determina que o contribuinte será o substituto tributário para trás com relação aos produtos primários adquiridos, ao mesmo tempo em que prevê a possibilidade de realizar a liquidação do ICMS incidente na importação de matéria-prima, material secundário e ativo imobilizado mediante lançamento a débito na escrituração fiscal. A respeito desta última permissão, a lei, mais uma vez, prevê ao Governador do Estado a prerrogativa de excluí-la, considerando condições de mercado (GOIÁS, 2020, artigo 6º).

De todo modo, diante da estrutura do novo programa de incentivo do Estado de Goiás, constata-se que a busca pela desburocratização se confere através, sobretudo, das seguintes mudanças: extinção dos poderes decisórios dos conselhos com representantes da sociedade civil, concentração de poder nas mãos do Governador, bem como de seus representantes direto, extinção da Agência de Fomento S.A. enquanto agente financeiro e substituição de um incentivo de natureza financeira para um de índole exclusivamente tributária.

A despeito do escopo de busca por maior segurança jurídica e menos burocracia, tais mudanças podem se manifestar prejudiciais à execução do incentivo fiscal em questão, especialmente diante da concentração dos poderes decisórios e da própria redução de burocracias administrativas, as quais serviam para o beneficiário também como um instrumento de defesa em face de possíveis arbitrariedades do Poder Executivo. No entanto, tais aspectos serão devidamente analisados no capítulo seguinte.

6. OS PROGRAMAS DE INCENTIVO FINANCEIRO-FISCAL DO ESTADO DE GOIÁS NA PERSPECTIVA DO ATUAL DIREITO ADMINISTRATIVO

Diante de todo o exposto acima, destacando-se e analisando as peculiaridades básicas de cada programa em estudo, demonstrando o percurso adotado pelo Estado de Goiás desde a década de 1980, na tentativa de fomento a seu parque industrial, compreende-se que o Pró Goiás manifesta-se, de fato, como um programa inovador e que muda o paradigma de atuação do Estado goiano, ainda que o norte comum de todos os incentivos persista.

As alterações advindas do Pró Goiás frente ao Fomentar e ao Produzir podem ser divididas criticamente em três grupos: a natureza do incentivo fiscal concedido, o montante do benefício efetivo e a estruturação das competências administrativas para reger o programa.

Dessa maneira, urge salientar, primeiramente, a respeito da natureza dos incentivos. Enquanto os programas Fomentar e Produzir consistiam em benesses de caráter fiscal-financeiro, já que além da relação tributária entre beneficiário e Estado existia também a relação contratual entre o primeiro e o agente financeiro do programa, o Pró Goiás se caracteriza por ser um incentivo de índole exclusivamente fiscal, por tratar-se de crédito outorgado de ICMS, de modo que a Agência de Fomento S.A. nem mesmo existe mais nesse programa.

No entanto, o cerne deste estudo remonta às outras duas alterações advindas do Pró Goiás. Assim, com relação ao aspecto quantitativo dos programas em análise, isto é, deve-se, de imediato, analisar o quantum que as respectivas leis estaduais preveem de incentivo para os beneficiários. Isso porque o poder de determinado programa de incentivo fiscal manifesta-se, justamente, com fulcro na maior ou menor quantidade de carga tributária incentivada, tornando-se, com isso, instrumento político de maior ou menor alcance com base nesse quesito.

Nesse sentido, conforme demonstrado acima, o programa Fomentar concede incentivo financeiro de 70% sobre o ICMS novo gerado pelo beneficiário, sendo que as contrapartidas serão: recolhimento de 15% (quinze por cento) sobre o valor incentivado para o Fundo Protege, incidência de juros de 0,2% (dois décimos por cento) ao mês sobre o valor financiado e correção monetária de 25% (vinte e cinco por cento) do montante restante a ser beneficiado.

Dessa maneira, pode-se concluir que o incentivo final do Fomentar remonta ao percentual aproximado de 59,38% (cinquenta e nove inteiros e trinta e oito centésimos por cento) de incentivo financeiro efetivo, desconsiderando a correção monetária anual que deverá incidir sobre o benefício.

Com relação ao programa Produzir, o incentivo financeiro concedido será de até 73% (setenta e três por cento) sobre o ICMS gerado pelo beneficiário. Como contrapartidas, a lei prevê: 15% (quinze por cento) sobre o valor incentivado para o Fundo Protege, incidência de juros de 0,2% (dois décimos por cento) ao mês sobre o valor financiado e a antecipação de 10% (dez por cento) sobre o montante beneficiado. Considerando todos esses valores, o incentivo efetivo final será de aproximadamente 54,64% (cinquenta e quatro inteiros e sessenta e quatro centésimos por cento) do ICMS novo que seria devido pelo beneficiários aos cofres estaduais.

Por fim, com relação ao programa Pró Goiás, o incentivo, de natureza fiscal, concedido consiste em crédito outorgado de até 67% (sessenta e sete por cento), sendo que, como contrapartida, a lei estabelece até 10% (dez por cento) para o Fundo Protege na fruição exercida no primeiro ano de incentivo, reduzindo-se para 6% (seis por cento) a partir do terceiro ano.

Consequentemente, constata-se que no primeiro ano, o Pró Goiás concederá incentivo efetivo de 60,3% (sessenta inteiros e três décimos por cento), enquanto que a partir do terceiro ano, tal benesse subirá para 62,98% (sessenta e dois inteiros e noventa e oito centésimos por cento) de incentivo efetivo de ICMS.

Pelos números acima expostos, constata-se que o incentivo do Pró Goiás, a despeito das crescentes críticas feitas sobre o possível excesso na concessão de incentivos fiscais de ICMS, o que redundaria em elevada renúncia fiscal por parte do Estado, ainda que se trate de imposto que, via de regra, não seria gerado (GOIÁS, 2019, p. 12), é, em termos finais, percentualmente superior se comparado aos antecessores Fomentar e Produzir.

Dessa maneira, conforme abordado nesta pesquisa, o programa Pró Goiás, de fato, redundava em instrumento político de maior poderio, diante da concessão de benesse efetivamente superior a dos programas Fomentar e Produzir.

Ao mesmo tempo, percebe-se que a elaboração do novo programa de incentivo fiscal de Goiás, visando à redução de burocracias na concessão dos benefícios, extinguiu os antigos

Conselhos Deliberativos, os quais teriam a incumbência de avaliar e aprovar os projetos econômicos apresentados, sendo compostos por representantes da sociedade civil.

Em troca, foi estabelecido Conselho de Desenvolvimento Industrial, composto exclusivamente por secretários de Estado. Assim, a antiga representatividade da sociedade civil organizada restou configurada apenas na previsão do Conselho Consultivo, o qual terá atribuições exclusivamente de assessoria na tomada de decisões, as quais ficarão a cargo do referido Conselho de Desenvolvimento.

Assim, a terceira alteração notável advinda do Pró Goiás remonta à redução de competência e, conseqüentemente, de representatividade da sociedade civil, concentrando os poderes em um órgão eminentemente político e com ligação direta ao Governo do Estado.

Ademais, constata-se também a redução da complexidade no tratamento do programa. No âmbito do Produzir havia toda uma estrutura administrativa, composta pelo Conselho Administrativo e Comissão Executiva, bem como a existência da Agência de Fomento S.A. para a celebração dos contratos de financiamento, além da necessidade de apresentação de projeto econômico de viabilidade. Ao contrário, na esfera do Pró Goiás, toda essa elaborada estrutura foi desconstruída: o Conselho e a Comissão sofreram as alterações acima expostas, a Agência de Fomento S.A. não tem mais atribuições (para este programa) e o projeto de viabilidade passa a ser, nos termos da lei, "simplificado", conforme modelo pré-estabelecido.

Por fim, porém não menos importante, complementando a análise aqui exposta, constata-se o aumento da competência do Chefe do Poder Executivo estadual sobre a execução do programa. Dessa maneira, se no contexto do Produzir restava prevista apenas uma específica atribuição ao Governador do Estado, o qual poderia estender os benefícios concedidos no âmbito do Microproduzir para estabelecimentos industriais enquadrados no Produzir, no contexto do programa Pró Goiás tais atribuições ganham maior relevo: (i) poder para afastar as vedações legais ao gozo do incentivo, com fundamento em critérios de relevante interesse econômico, social ou fiscal, (ii) permissivo para excluir a faculdade conferida pela lei aos beneficiários em liquidar o ICMS das matérias-primas e insumos adquiridos; (iii) determinação da procedimentalização das reuniões no âmbito dos Conselhos de Desenvolvimento Industrial e Consultivo e (iv) permissão para alterar o incentivo de crédito outorgado para presumido.

A consequência de todas essas alterações redundando, de fato, na redução da burocratização do incentivo, conforme objetivo político norteador do novo programa. Ocorre que tal redução implica, por outro lado, na diminuição de representatividade da sociedade civil nas decisões tomadas, bem como na atenuação da complexidade dos debates realizados. Toda essa transformação soma-se com o aumento de atribuições e a concentração de competências ao Chefe de Poder Executivo, o qual passa a gerir e influenciar diretamente o programa.

Descritas essa nova realidade da política fiscal do Estado de Goiás, cabe agora resgatar a compreensão desenvolvida a respeito das tipológicas (ÁVILA, 2018, p. 13) categorias definidas por discricionariedade, conceito jurídico indeterminado e *accountability*.

Com fundamento na concentração de maiores prerrogativas e atribuições ao Chefe do Poder Executivo, o legislador goiano conferiu considerável discricionariedade (DI PIETRO, 2012, p. 4) na atuação do Governador no exercício de seu poder regulamentar.

Tal discricionariedade é materializada através da utilização de conceitos jurídicos indeterminados (DI PIETRO, 2012, p. 10), tais como "relevante interesse econômico, social ou fiscal" (GOIÁS, 2020, artigo 6º) ou mesmo através da definição de competência para delimitação de poderes a serem exercidos pelos órgãos de representação da sociedade civil organizada.

Soma-se a isso o fato de o programa Pró Goiás, a despeito de numericamente aparentar conceder incentivo de menor monta, o que, conforme análise acima, resta afastado, manifestar-se como um instrumento politicamente mais influente que seus antecessores, diante do aumento da carga tributária incentivada.

Portanto, além de a alteração da estrutura administrativa dos programas ter concentrado mais poderes nas mãos do Governador de Estado e seus Secretários, o aumento do poder político do Pró Goiás em decorrência do incentivo fiscal ser mais elevado também contribuiu para o alargamento do grau de discricionariedade dos administradores públicos.

Em síntese, com escopo de redução da burocratização, o Pró Goiás acabou por se tornar um programa que confere amplos poderes discricionários ao Governador e seus agentes imediatos (Secretários) através da utilização de conceitos jurídicos indeterminados em substituição da maior pluralidade assegurada pela participação de representantes da sociedade civil organizada na tomada de decisões.

Assim, para que não ocorra a malversação da política de incentivo fiscal e/ou financeiro-fiscal no Estado de Goiás, urge estabelecer critérios técnicos e o atendimento aos preceitos do *accountability* (MARQUES NETO, 2010, p. 2), devendo-se exigir a clara e detalhada prestação de informações das decisões tomadas no âmbito do Pró Goiás, sob pena de restar caracterizado nefasto retrocesso no controle das políticas públicas de incentivo fiscal.

Nessa perspectiva, o *accountability* ora defendido como critério de controle de fundamental importância para a garantia do eficiente manejo do programa Pró Goiás pode ser compreendido sob três perspectivas distintas (NASCIMENTO; RIBCZUK, 2015, p. 224), todas elas relacionadas com a exigência de uma gestão pública transparente: a prestação de contas por parte do agente público, a responsabilização pelos atos praticados e o controle social.

A primeira perspectiva acima destacada remonta à compreensão do *accountability* como ato de um indivíduo para com o Estado (SIU, 2011, p. 122). Nesse caso consiste na prestação de contas que deve ser realizada de maneira criteriosa e sistemática pelo Governador e/ou Secretários de Estado quando realizarem qualquer tomada de decisões no âmbito do Pró Goiás, devendo cada uma dessas decisões estar devidamente fundamentada e coadunada com o interesse público envolvida na questão.

Já com relação à acepção de *accountability* sob a ótica da responsabilização, está deverá ser efetiva e ocorrer quando restar configurada a adoção de conduta que viole as finanças públicas estaduais, que desrespeite à isonomia ou a legalidade tributária no contexto da concessão de incentivos fiscais ou que extrapole o poder discricionário que cada agente competente possui, tendo em vista que discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade (DI PIETRO, 2016, p. 255).

A terceira perspectiva exposta remonta à ideia de ato do Estado para a sociedade (SIU, 2011, p. 122), revelando a garantia do acesso e da publicidade da informação. Nesse con-

texto, emerge a questão que envolve a responsividade, enquanto princípio basilar do Direito Administrativo Contemporâneo.

Nessa seara, compreende-se por responsividade a atuação instrumental da democracia na seara administrativa, conferindo legitimidade democrática e conciliação com a expressão da vontade popular nas decisões tomadas pelos administradores públicos (SAMPAIO, 2015, p. 10).

Constata-se que a escolha legislativa feita pelo Pró Goiás, no que se refere à excessiva redução de competências para os órgãos de representação social existentes no âmbito do Produzir, retirando-lhes sua capacidade decisória e tornando-os estruturas meramente consultivas, é conduta que, em tese, diminui sensivelmente a responsividade presente nos programas de incentivo fiscal no Estado de Goiás, tendo em vista que a legitimidade democrática advinda da participação de diversos representantes da sociedade civil organizada é por demasiado abalada.

Portanto, observa-se também que a escolha por redução de burocracia consistiu, em suma, na diminuição considerável tanto da legitimidade democrática quanto da abertura dos programas de incentivo fiscal à sociedade civil goiana. Ainda que válida do ponto de vista legal, essa mudança deverá ser efetivada com asseio e rigurosidade, não sendo admissível que a maior discricionariedade dos poderes do Chefe do Poder Executivo no âmbito do Pró Goiás torne a política de incentivo fiscal do Estado goiano mero instrumento a serviço de interesses políticos.

CONCLUSÕES

O presente estudo, tendo como base hipotética a ideia de que as leis instituidoras dos incentivos fiscais concedem alto grau de discricionariedade aos governantes através da previsão em larga escala de conceitos jurídicos indeterminados, o que torna de fundamental importância o controle e o *accountability* para se evitar a malversação desses mecanismos, pôde concluir que, de fato, será justamente mediante criteriosa sistematização do *accountability* que a discricionariedade conferida pelos programas de incentivo fiscal não comprometerá a eficiência e a efetividade de tais incentivos, em especial o Pró Goiás, que elevou sensivelmente tal característica por meio da concentração de poder na cúpula do Poder Executivo estadual.

Para que se tornasse possível se alcançar tal resultado, foi-se necessário, primeiramente, obter a compreensão de determinados aspectos conceituais que consistem no substrato teórico desta pesquisa.

Dessa maneira, a distinção entre tipo e conceito e o enquadramento dos elementos discricionariedade, conceito jurídico indeterminado e *accountability* enquanto categorias tipológicas consistiu na primeira compreensão obtida neste estudo. Em seguida, a explanação crítica de cada um desses elementos tornou possível se constatar como estes se relacionam e podem incidir na seara tributária.

Alcançados tais objetivos específicos, a descrição analítica e crítica dos programas Fomentar, Produzir e Pró Goiás demonstrou não apenas a estrutura e a procedimentalização de cada um desses incentivos, como também as nuances mais sensíveis no tocante à estruturação administrativa e a concessão de poderes em tais benefícios.

Por fim, diante da concretização do método hipotético-dedutivo, realizando-se a incidência das estruturas tipológicas jus administrativas no âmbito de cada um dos programas em estudo, constatou-se a amplitude da discricionariedade do Pró Goiás se comparado ao Fomentar e ao Produzir, de modo que o controle e o *accountability* do mais recente incentivo fiscal goiano deve ser ainda mais criterioso e rigoroso.

De todo modo, as mudanças na estrutura administrativa do Pró Goiás relatadas nos capítulos anteriores não servem para, por si só, infirmar o desde já insucesso do programa, tampouco para desqualificar as decisões políticas que serão tomadas. Tal análise não pode ser feita de maneira apriorística, sob pena de enviesar-se a pesquisa, diante da necessidade de ponderações casuísticas.

No entanto, o fato é que a alteração destacada é de considerável monta, de modo que, diante da escolha feita pelo legislador goiano, a qual se deve toda a deferência, se deve exercer rigoroso controle na concessão de tais incentivos, sob a perspectiva dos atuais debates jus administrativistas, em especial a necessidade de *accountability* no exercício de poderes discricionários e na complementação de conceitos jurídicos indeterminados.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. *Competências tributárias – um ensaio sobre a sua compatibilidade com as noções de tipo e conceito*. São Paulo: Malheiros, 2018.
- ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de/BEVILACQUA, Lucas. O planejamento financeiro responsável: Boa Governança e desenvolvimento nos 30 anos da Constituição Federal. In: BUISSA, Leonardo; REIMANN, Simon e MARTINS, Rafael (orgs.). *Direito e finanças públicas nos 30 anos da Constituição: experiências e desafios nos campos do direito tributário e Financeiro*. Florianópolis: Tirant Blanch, 2018, p. 29-53.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e superação das desigualdades regionais. In: GRAU, Eros e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1ª ed., 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 74-107.
- BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143-161.
- BEVILACQUA, Lucas. *Incentivos fiscais de ICMS e desenvolvimento regional*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- BRASIL. *Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 05 out. 1988.
- BRASIL. *Lei Federal n. 7.713, de 22 de dezembro de 1998*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 23 dez. 1998.
- BRASIL. *Lei Complementar n. 160, de 7 de agosto de 2017*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 08 ago. 2017.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009 (p.59-98).

CONTI, José Maurício. Considerações sobre o Federalismo Fiscal brasileiro em uma perspectiva comparada. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (Org.). *Federalismo fiscal: questões contemporâneas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 15-34.

CONTI, José Maurício. Planejamento e Responsabilidade Fiscal. In: SCAFF, Fernando Facury e CONTI, José Maurício (orgs.). *Lei de Responsabilidade Fiscal – 10 anos de Vigência – Questões Atuais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 39-56.

CORREIA NETO, Celso de Barros. Tributação e Direitos Fundamentais. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de; MACEDO, Marco Antonio Ferreira (coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Fiscal – estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Salvador: Jus Podivm, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *Atualidades Jurídicas – Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 83-106, jan./jun. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. Ed. Rev. Atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FARIA, Luís Alberto Gurgel de. *A extrafiscalidade e a concretização do princípio da redução das desigualdades regionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 154-187.

FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. 34 ed. São Paulo, Companhia das Letras, 2016.

GOIÁS. *IMB – Instituto Mauro Borges*. Análise do Censo Fomentar e Produzir. Estudos do IMB. Goiânia, 2014.

GOIÁS. *IMB – Instituto Mauro Borges*. Cenário Socioeconômico e Ambiental. Estudos do IMB. Goiânia, 2015.

GOIÁS. *IMB – Instituto Mauro Borges*. Incentivos Fiscais e o Estado de Goiás: Uma Análise de Impacto e do Custo Econômico dos Programas Fomentar/Produzir e Crédito Outorgado. Goiânia, 2019.

GOIÁS. *IMB – Instituto Mauro Borges*. Programa Fomentar/Produzir Informações e

Análises para o Estado e Microrregiões de Goiás. Estudos do IMB. Goiânia, 2012.

GOIÁS. *Lei n. 9.489, de 19 de julho de 1984*. Diário Oficial do Estado de Goiás, 31 jul. 1984.

GOIÁS. *Lei n. 11.1380, de 19 de abril de 1990*. Diário Oficial do Estado de Goiás, 20 abr. 1990.

GOIÁS. *Lei n. 13.591, de 18 de janeiro de 2000*. Diário Oficial do Estado de Goiás, 20 jan. 2000.

GOIÁS. *Lei n. 14.469, de 16 de julho de 2003*. Diário Oficial do Estado de Goiás, 21 jul. 2003.

GOIÁS. *Lei n. 20.787, de 03 de junho de 2020*. Diário Oficial do Estado de Goiás, 05 jun. 2020.

HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass S. *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*. New York/London: WW Norton & Company, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2015.

MACHADO, Sophia Goreti Rocha; MOREIRA, André Mendes. Afinal, o que é tributo? In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de; MACEDO, Marco Antonio Ferreira (coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Fiscal – estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Salvador: Jus Podivm, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *Fórum de Contratação e Gestão de Pessoas*. Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abril de 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Benacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 21-38.

MATO GROSSO. *Lei Complementar n. 93, de 5 de novembro de 2001*. Diário Oficial do Estado do Mato Grosso, 5 nov. 2001.

MATO GROSSO. *Lei n. 4.049, de 30 de junho de 2011*. Diário Oficial do Estado do Mato Grosso, 1 jul. 2011.

MOREIRA, André Mendes; MACHADO, Sophia Goreti Rocha. Afinal, o que é Tributo? In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de; MACEDO, Marco Antonio Ferreira (coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Fiscal – estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Salvador: Jus Podivm, 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Controle de contas e o equilíbrio entre os poderes: notas sobre a autonomia do sistema de controle externo. *Revista Interesse Público*, ano 19, n. 101, p. 15-53, jan/fev. 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Novo Papel do Estado na Economia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, n. 11, ano 3 Julho / Setembro 2005

NASCIMENTO, Arthur Ramos do; RIBCZUK, Paula. Governança, governabilidade, *accountability* e gestão pública: critérios de conceituação e aferição de requisitos de legitimidade. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 218-237, 2015.

NÓBREGA, MARCOS. Orçamento, eficiência e performance budget. In: CONTI, José Maurício e SCAFF, Fernando Facury (coords). *Orçamentos Públicos e direito financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 693-728.

PIVA, Sílvia Helena Gomes. *Incentivos fiscais: uma visão normativa*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

REI, José Anijar Fragoso. *Benefícios fiscais de ICMS para a efetivação de direitos fundamentais*. 2017.

SAMPAIO, Luis Felipe. Gestão pública democrática e suas relações com supremacia do interesse público, discricionariedade administrativa e transparência. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, ReDAC* vol.19, julho/gosto 2015.

SCAFF, Fernando Facury. O orçamento mínimo social garante a execução de políticas públicas. In: *Crônicas de Direito Financeiro – Tributação, Guerra Fiscal e Políticas Públicas*. São Paulo: CONJUR Editorial, 2016, p. 225-228.

SIU, Marx Chi Kong. *Accountability* no Setor Público: uma reflexão sobre transparência governamental no combate à corrupção. *Revista do TCU*, Brasília, ano 43, número 122, setembro/dezembro 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

TORRES, Heleno Taveira. Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico* n. 5, mar./ago.2014, p.25-54.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Réquiem para ação administrativa planejada: a rutura entre as dimensões executiva e orçamentária. In: BUISSA, Leonardo; REIMANN, Simon e MARTINS, Rafael (orgs.). *Direito e finanças públicas nos 30 anos da Constituição: experiências e desafios nos campos do direito tributário e financeiro*. Florianópolis: Tirant Blanch, 2018, p. 319-340.

Recebido/Received: 25.06.2020.

Aprovado/Approved: 28.09.2020.

CRISE DO JUDICIÁRIO: O ACESSO À JUSTIÇA GARANTIDO PELOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

JUCIARY CRISIS:
THE ACCESS TO JUSTICE GUARANTEED BY THE
APPROPRIATE DISPUTE SOLUTION METHODS

DANIEL FIRMATO DE ALMEIDA GLÓRIA¹
PAULO EDUARDO DINIZ RICALDONI LOPES²

RESUMO

O trabalho propõe analisar a efetividade do princípio do acesso à justiça diante dos números do Judiciário. Inicialmente, para entender a aplicação do princípio do acesso à justiça será estudada a sua definição. Após, serão analisados os dados do Judiciário para que possa verificar a situação dos tribunais nacionais. Por fim, os métodos adequados de resolução de conflito serão estudados como solução para garantir a efetividade do princípio e a redução do número de processos em tramitação. O presente artigo utiliza o método dedutivo e tem como referencial teórico a Constituição da República e o relatório Justiça em Números 2020.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça. Crise no Judiciário. Métodos adequados de solução de conflitos.

ABSTRACT

The work proposes to analyze the effectiveness of the principle of access to justice considering the hyperbolic Judiciary statistics. Initially, to understand the application of the principle, it will be studied its definition. Afterwards, the Judiciary's data will be analyzed to check the situation of the national courts. Finally, the alternative dispute resolution methods will be studied as a solution to guarantee the effectiveness of the principle and the reduction of the number of processes in progress. This article uses the deductive method and its theoretical framework is the Constitution of the Republic and the Justice in Numbers 2020 report.

KEYWORDS: Access to justice. Judiciary Crisis. Appropriate dispute resolution.

- 1 Mestre (2001) e doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (2012). É professor de Direito Econômico e de Direito do Consumidor da Universidade FUMEC de Belo Horizonte. Defensor Público Coordenador da Defensoria Pública Especializada em Direito do Consumidor. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Econômico e Direito do Consumidor. Além disso, possui experiência na coordenação de Curso de Direito, bem como na implementação e execução de projetos pedagógicos. Diretor do BRASILCON – Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9560-520X>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8418203288672612>. E-mail: danielfirmato@fumec.br.
- 2 Mestre em Direito Privado pela Universidade FUMEC. Pós Graduado em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2014). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2014). Gerente jurídico no Juris Correspondente. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado, atuando principalmente em Direito Empresarial, do Consumidor e Mediação. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4485-7677>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3270066796596842>. E-mail: pauloricaldoni@gmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni. *Crise do Judiciário: o acesso à justiça garantido pelos métodos adequados de solução de conflitos*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 2, p. 268-291, Maio/Ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i2.8256>.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira possui uma tradição litigiosa, na qual diante dos conflitos, busca em um terceiro (Judiciário) a tutela de seus direitos. Consequentemente, os tribunais nacionais encontram-se sobrecarregados com milhares de feitos em tramitação e novas ações são distribuídas, impossibilitando que as partes obtenham uma solução integral de mérito em prazo razoável. Atualmente, a força de trabalho nos tribunais não é capaz de efetivamente e em tempo razoável proferir a decisão de mérito, porém, diante do déficit financeiro do Judiciário, efetivar novos profissionais não é uma alternativa factível.

Trata-se de tema de extrema importância, pois diante do cenário observado nos tribunais, o princípio do acesso à justiça não é efetivamente e integralmente realizado, vez que, muito embora a apreciação judicial dos conflitos (acesso à jurisdição) ocorra, os mesmos não são julgados em tempo hábil. Consequentemente, diante da situação em que o acervo judicial se encontra, não são raras as vezes em que o objeto da ação se perde devido ao longo decurso de prazo entre a distribuição do feito até a baixa definitiva, trazendo prejuízos e custos desnecessários para o Estado e para as partes.

Para que seja possível reduzir o acervo sem depender diretamente do Judiciário, o legislador estipulou no parágrafo 3º, artigo 3º do Código de Processo Civil (CPC) que os operadores do Direito devem antes e durante os feitos incentivar a utilização de métodos adequados de solução de conflitos autocompositivos. Assim, o trabalho propõe analisar se, diante da inefetividade do princípio do acesso à justiça, comprovada pelos números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, os métodos adequados de resolução de conflito são viáveis para garantir a solução dos imbróglis dos cidadãos, bem como redução do efetivo processual no Judiciário

No capítulo de número dois, buscou-se um breve levantamento histórico do princípio do acesso à justiça desde seus primórdios, para, em seguida no capítulo três, ser abordada a sua definição para o Estado Democrático de Direito. Outrossim, foi destacado que a Justiça não pode ser confundida com a jurisdição, de modo que além de garantir aos cidadãos o direito de buscar no Judiciário a solução de suas controversas, estes devem ser solucionados de maneira efetiva e em tempo hábil.

No capítulo quatro, utilizou-se o relatório 'Justiça em números' disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) referente ao ano de 2019, para confirmar a hipótese de crise do acervo judicial decorrente do elevado número de feitos em tramitação e os consequentes prejuízos que a demora na resolução dos litígios causa ao jurisdicionado.

Por fim, o último capítulo apresenta os métodos adequados de resolução de conflito como solução para garantir a satisfação dos cidadãos que poderão em conjunto ou com auxílio de terceiro buscar um acordo que traga benefícios de ganhos mútuos, retirando a incerteza de um processo judicial e em menor tempo, consequentemente, reduzindo o número de novos feitos.

Para possibilitar a pesquisa, foi utilizado o método hipotético-dedutivo, por meio de uma pesquisa bibliográfica (livros, artigos, dissertações, teses, revistas, legislações, dentre outros) para buscar diferenciar o acesso à justiça de acesso à jurisdição e em seguida, utilizando-se da análise de dados, averiguar a situação do acervo judicial no país. Por fim, foram

apresentados os métodos adequados de solução de conflito como proposta para garantir maior efetividade ao princípio do acesso à justiça.

2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ACESSO À JUSTIÇA

Em seus primórdios, o princípio do acesso à justiça foi previsto pela Magna Carta de 1215, a qual em seu artigo 40 estipulou que “a ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça (LIBRARY, 2014, tradução nossa³). Porém, por ter sido concebida sobre a concepção de Estado absolutista as liberdades individuais eram limitadas pela nobreza. Contudo, mesmo que quase a integralidade da população vivesse sobre as baixas condições impostas pela monarquia, o Liberalismo somente se fortificou quando a burguesia insatisfeita com a falta de liberdade em gerir seus lucros e empreendimentos tomou frente junto a revolução.

Em linhas gerais, o Estado Liberal caracteriza-se pela omissão perante os problemas sociais e econômicos, não consagrando direitos sociais e econômicos no seu texto além da regra básica de não intervenção no domínio econômico. As constituições liberais declaram os direitos individuais, entendidos como direitos que regulam condutas individuais e protegem a esfera de interesses individuais, contra o Estado, sendo o limite desses direitos o direito do outro, além de assegurarem ainda os direitos políticos. (MAGALHÃES, 2002, p. 63).

A busca da burguesia pela redução do controle do Estado na esfera privada, para que pudesse de forma livre gerir suas riquezas e usufruí-la da forma que decidir é perfeitamente expressa pela famosa frase “laissez faire, laissez aller, laissez passer” que em tradução literal significa “deixai fazer, deixai ir, deixai passar”. Ademais, para Adam Smith, o Estado ou seus representantes, devem se limitar à defesa da nação em relação a inimigos, proteger seus cidadãos e garantir as condições básicas para as obras públicas (SMITH, 1996).

Em conseqüência (sic), a proporção entre o capital e a renda parece regular em todo lugar a proporção entre pessoas trabalhadoras e pessoas ociosas. Onde quer que predomine o capital, prevalece o trabalho; e onde quer que predomine a renda, prevalece a ociosidade. Por isso, todo aumento ou diminuição de capital tende a aumentar ou a diminuir a quantidade real de trabalho, o contingente de cidadãos produtivos e, conseqüentemente (sic), o valor de troca da produção anual da terra e do trabalho do país, a riqueza e renda reais de todos os seus habitantes. Os capitais são aumentados pela parcimônia e diminuídos pelo esbanjamento e pela má administração.

[...]

Assim como o capital de um indivíduo só pode ser aumentado por aquilo que poupa de sua renda anual ou de seus ganhos anuais, da mesma forma o capital de uma sociedade, que é equivalente à soma dos capitais de todos os indivíduos que a compõem, só pode ser aumentado dessa maneira. A parcimônia, e não o trabalho, é a causa imediata do aumento de capital. Com efeito, o trabalho fornece o objeto que a parcimônia acumula. Com tudo o

3 To no one will we sell, to no one deny or delay right or justice.

que o trabalho consegue adquirir, se a parcimônia não economizasse e não acumulasse, o capital nunca seria maior. (SMITH, 1996, p. 129).

O Estado mínimo liberal foi o marco inicial para a proteção efetiva de direitos naturais da população, cabendo ao ente estatal se abster de assuntos privados e apenas garantir a existência dos direitos.

A burguesia, classe dominada, a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social.

E, tanto antes como depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideias comuns a todos os componentes do corpo social. Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens, só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe. (BONAVIDES, 2001, p. 42).

No paradigma do Estado Liberal (construído com a ideologia burguesa), os métodos para resolução de conflitos espelhavam o caráter individualista dos direitos, ou seja, o Estado deveria manter sua atuação mínima, apenas garantindo a ordem e protegendo liberdades individuais.

Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal (sic) do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um 'direito natural', os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado: sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática (sic). (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 9).

Ainda segundo os autores, para a concepção liberal, não era obrigação do ente estatal garantir indiscriminadamente a atuação jurisdicional, devendo existir apenas o acesso formal à justiça (de forma restrita). Logo, somente os cidadãos que possuíssem condições de custear a defesa de seus direitos, poderiam buscar em juízo a apreciação de seus litígios (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

O aprimoramento econômico e o conseqüente desenvolvimento industrial provenientes do Estado Liberal acarretaram um acelerado e sem planejamento êxodo rural, criando centros urbanos superpovoados, sem condições básicas de saúde e trabalho para os cidadãos que "sobreviviam" em condições precárias. A igualdade formal, exploração do proletariado e a autorregulação do mercado, deram início aos questionamentos quanto não intervencionismo do Estado.

As Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) trazem em seu bojo novos direitos que demandam uma contundente ação estatal para sua implementação concreta, a rigor destinados a trazer consideráveis melhorias nas condições materiais de vida da população em geral, notadamente da classe trabalhadora. Fala-se em direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência etc. Surge um novíssimo ramo do Direito, voltado a compensar, no plano jurídico, o natural desequilíbrio travado, no plano fático, entre o capital e o trabalho. O Direito do Trabalho, assim, emerge como um

valioso instrumental vocacionado a agregar valores éticos ao capitalismo, humanizando, dessa forma, as até então tormentosas relações jus laborais. No cenário jurídico em geral, granjeia destaque a gestação de normas de ordem pública destinadas a limitar a autonomia de vontade das partes em prol dos interesses da coletividade. (SARMENTO, 2006, p. 13).

A sociedade burguesa aproveitou-se da mobilização da população em geral para substituir o regime feudal, mas após a sua ascensão, tomou para si o poder estatal e criou novas formas de opressão. Utilizando novas tecnologias aperfeiçoou os meios de produção para conseguir manufaturar bens com custos inferiores aos das nações rivais que ainda eram reguladas sobre o regime feudal, obrigando estes países a adotar a mesma forma de governo, sob pena de extinção do Estado (MARX, ENGELS, 2014). Como resultado, as grandes cidades receberam um montante populacional superior as suas capacidades, agravando as condições degradantes que os cidadãos sobreviviam. Desse modo, a nova força revolucionária, considerou necessário que o Estado abandonasse o individualismo e passasse a adotar um pensamento comunitário em busca da garantia dos interesses de todos. (MARX, ENGELS, 2014).

Sob forma de máquinas, o meio de trabalho imediatamente tornase o concorrente do operário. O rendimento do capital está em razão direta com o número de operários cujas condições de existência foram aniquiladas pela máquina. Desde que o manejo da ferramenta é executado pela máquina, a força do trabalho perde, por sua vez, em seu valor de troca e em seu valor de uso. O operário, como o papelmoeda fora de circulação, tornase não comerciável. A parte da classe operária que o emprego das máquinas transforma ao acaso em população supérflua, isto é, em população da qual o capital não tem mais necessidade direta para assegurar seu rendimento, sucumbe na luta desigual da antiga exploração profissional ou manufatureira contra a exploração mecânica, enchendo o mercado e fazendo cair o preço da força de trabalho abaixo de seu valor. Os operários jogados na miséria têm um duplo consolo, dizendo que seus sofrimentos são passageiros e que a máquina invade lentamente um campo de produção, o que quebra a intensidade e a extensão de seu trabalho destruidor. Esses dois consolos se anulam. Em todos os lugares em que a máquina se apodera de uma área da produção, ela engendra a miséria crônica em sua concorrente: a classe operária. (MARX, 2018).

Defensora do Estado mínimo, a burguesia considerou inviável o ente público tutelar a população, todavia, em face de eminentes ameaças revolucionárias, os governos foram obrigados a adotar propostas sociais, especialmente as oriundas do proletariado que mesmo tendo sido uma peça fundamental da transição do Absolutismo para o Liberalismo não teve seus anseios e reivindicação consideradas (ALBUQUERQUE; BARROSO 2018). Como estratégia para frear essas revoluções, foram adotados mecanismos de proteção ao hipossuficiente como a igualdade material, intervenção estatal e um melhor balanceamento entre mercado e sociedade. Assim, como um dos fundamentos do Estado Social é a dignidade da pessoa humana, o Estado deveria além de criar direitos, instaurar instrumentos suficientes para que fossem efetivados.

A constante evolução da sociedade originou novas formas de Estado, nas quais os direitos abandonaram o seu caráter exclusivamente individualista em busca de uma proteção ampla de todos os seus membros. Para o paradigma do Estado Social, fundamentado na

solidariedade e dignidade da pessoa humana, o ente estatal não deve apenas criar direitos, mas possibilitar instrumentos capazes de torná-los efetivos.

A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Estado de Bem-Estar é que, enquanto naquela se trata tão-somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo-se de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhes agregam finalidades e tarefas às quais antes não sentia obrigado. A identidade básica entre o Estado de Direito e Estado de Bem-Estar, por sua vez, reside em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais e é sobre esta base que constrói seus próprios princípios. (GORDILLO, 1977, p. 174).

Novamente, decorrente da evolução da consciência e da sociedade, foi concebido o paradigma do Estado Democrático de Direito tendo como alguns de seus princípios fundamentais a soberania popular como origem do Poder Estatal e a primazia da legalidade, mesclando pontos dos Estados Liberais e Democráticos (BOBBIO, 1986).

Estado Liberal e estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir liberdades fundamentais. (BOBBIO, 1986, p. 20).

Nesta interlocução entre paradigmas, a liberdade somente pode ser garantida pelo Estado se existir uma democracia que permita a conservação e desenvolvimento de garantias individuais com base no texto constitucional. Assim, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, o efetivo princípio do acesso à justiça é de fundamental relevância para os direitos individuais, coletivos, difusos e transindividuais, pois diante da ausência do princípio, a população não possuiria meios de efetivar suas garantias fundamentais.

Desta forma, trata-se o Estado Democrático de Direito de uma nova ordem que colaciona preceitos dos paradigmas do direito liberal e do direito social, o que significa a junção dos princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático, ou seja, ele promove a limitação do exercício do poder do Estado com a supremacia da Constituição da República e a democracia de processo, na qual o magistrado deve afastar a aplicação de normas contrárias à Constituição da República, visando sempre a efetivação dos direitos fundamentais. (CAMARGOS, 2020, p. 20).

No Brasil, o princípio do acesso à justiça como direito fundamental foi estipulado em um primeiro momento na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, tendo sido determinado no parágrafo 4º do artigo 141 que "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual" (BRASIL, 1946). Todavia, em 1964 com o Golpe de Estado, o princípio foi mitigado primeiramente pelo Ato Institucional nº 2 que excluiu da apreciação pelo Judiciário:

I - os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo federal, com fundamento no Ato Institucional de 9 de abril de 1964, no presente Ato Institucional e nos atos complementares deste;

II - as resoluções das Assembleias Legislativas e Câmara de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos ou Vereadores, a partir de 31 de março de 1964, até a promulgação deste Ato. (BRASIL, 1965).

Posteriormente, quando da promulgação do Ato Institucional nº 5, foi determinado que:

O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências.[...]

Art. 11 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos. (BRASIL, 1968).

Tal mitigação perdurou até 1978, quando a Emenda Constitucional nº 11 em seu artigo 3º revogou os "atos institucionais e complementares, no que contrariarem a Constituição da República de 1988, ressalvados os efeitos dos atos praticados com bases neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial" (BRASIL, 1978).

Por fim, em 1988, com a promulgação da Constituição da República, o constituinte originário exercendo o papel de representante do povo, instituiu já no preâmbulo, a adoção do Estado Democrático com base no exercício e garantia dos direitos sociais, individuais, liberdade, justiça, dentre outros.

3. O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

Em uma sociedade fundada sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, efetivar o princípio do acesso à justiça é de fundamental importância para que todos os direitos (individuais, coletivos, difusos e transindividuais) possam ser garantidos à população.

A expressão 'acesso à Justiça' é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar os seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 8).

Para que o princípio do acesso à justiça seja efetivamente compreendido, é preciso buscar uma definição para justiça. Aristóteles, em sua obra *Ética a Nicômaco* inicialmente a define como "aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo; e de mesmo modo, por injustiça se entende a disposição que as leva a agir injustamente e a desejar o que é injusto." (ARISTÓTELES, 1991, p. 94).

Ciente de que a definição de justiça não é uma tarefa simplória, destrincha sua afirmação, conceituando o homem justo como o indivíduo honesto e respeitador as leis, o qual detêm a maior das virtudes ao exercê-la perante outros, agindo de modo que traga benefícios para todos e não somente para si (ARISTÓTELES, 1991). É possível perceber contornos da igualdade material quando o filósofo assimila como cada sujeito possui diferenças, ser

justo não é garantir as mesmas condições, mas tratar os iguais de maneira semelhante e os diferentes de modo diverso.

Ora, nas disposições que tomam sobre todos os assuntos, as leis têm em mira a vantagem comum, quer de todos, quer dos melhores ou daqueles que detêm o poder ou algo nesse gênero; de modo que, em certo sentido, chamamos justos aqueles atos que tendem a produzir e a preservar, para a sociedade política, a felicidade e os elementos que a compõem. E a lei nos ordena praticar tanto os atos de um homem bravo (por exemplo, não desertar de nosso posto, nem fugir, nem abandonar nossas armas) quanto os de um homem temperante (por exemplo, não cometer adultério nem entregar-se à luxúria) e os de um homem calmo (por exemplo não bater em ninguém, nem caluniar); e do mesmo modo com respeito às outras virtudes e formas de maldade, prescrevendo certos atos e condenando outros; e a lei bem elaborada faz essas coisas retamente, enquanto as leis concebidas às pressas as fazem menos bem. (ARISTÓTELES, 1991, p. 96).

John Rawls em sua obra 'Uma teoria da justiça' ensina que todos os indivíduos devem possuir direitos indisponíveis, ou seja, aqueles que nem mesmo em face do suposto bem estar social poderão ser mitigados (RAWLS, 2000).

Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos. Portanto numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais. A única coisa que nos permite aceitar uma teoria errônea é a falta de uma teoria melhor; de forma análoga, uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior. Sendo virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça são indisponíveis. (RAWLS, 2000, p. 4).

Em uma sociedade (diante das diferenças pré-existentes como condição social), é comum que cidadãos sofram favorecimentos ou detrimento decorrentes destas condições, cabendo à justiça tutelar essas desigualdades e garantir que direitos e deveres fundamentais sejam igualmente garantidos entre os seus membros (RAWLS, 2000).

A essa maneira de considerar os princípios da justiça eu chamarei de justiça como equidade (sic).

Assim, devemos imaginar que aqueles que se comprometem na cooperação social escolhem juntos, numa ação conjunta, os princípios que devem atribuir os direitos e deveres básicos e determinar a divisão de benefícios sociais. Os homens devem decidir de antemão como devem regular suas reivindicações mútuas e qual deve ser a carta constitucional de fundação de sua sociedade. Como cada pessoa deve decidir com o uso da razão o que constitui o seu bem, isto é, o sistema de finalidades que, de acordo com sua razão, ela deve buscar, assim um grupo de pessoas deve decidir de uma vez por todas tudo aquilo que entre elas se deve considerar justo e injusto. A escolha que homens racionais fariam nessa situação hipotética de liberdade

equitativa, pressupondo por ora que os problemas da escolha têm uma solução, determina os princípios da justiça.

Na justiça como equidade (sic) a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social. Essa posição não é, obviamente, concebida como uma situação histórica real, muito menos como uma condição primitiva de cultura. É entendida como uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção de justiça. (RAWLS, 2000, p. 13).

Rawls ensina que a justiça formal somente será efetiva quando a justiça equitativa (aquela que deve ser aceita consensualmente e aplicável a todos sem exceção) é aceita pelos cidadãos e diante das peculiaridades de cada caso apresentado tratada de forma imparcial por juízes e autoridades (RAWLS, 2000).

Tratar casos similares de modo similar não basta para garantir uma justiça substantiva. Isso depende dos princípios de acordo com os quais a estrutura básica é montada. Não há contradição em supor que uma sociedade escravocrata ou de castas, ou alguma outra sociedade que sanciona as formas mais arbitrárias de discriminação, seja administrada de forma equilibrada e consistente, embora isso possa ser improvável. No entanto, a justiça formal, ou justiça como regularidade, exclui tipos significativos de injustiças. Pois se supomos que as instituições são razoavelmente justas, é então de grande importância que as autoridades devam ser imparciais e não se submetam à influência de considerações pessoais, monetárias ou quaisquer outras considerações irrelevantes ao lidarem com casos particulares. A justiça formal no caso das instituições legais é meramente um aspecto do estado de direito que apóia (sic) e assegura expectativas legítimas. Um tipo de injustiça é falha dos juízes e de outras autoridades que não aderem às regras e interpretações adequadas no julgamento de reivindicações. Uma pessoa é injusta na medida em que por caráter e inclinação está disposta a tais atos. Além disso, mesmos nos casos em que as leis e instituições são injustas, muitas vezes é melhor que elas sejam consistentemente aplicadas. Desse modo, aqueles submetidos a elas pelo menos sabem o que lhes é exigido e podem se proteger adequadamente; ao passo que existe uma injustiça ainda maior se os que já estão em desvantagem são tratados de forma arbitrária em casos particulares em que as regras lhes dariam alguma segurança. [...] Em geral, tudo o que se pode dizer é que a força das exigências da justiça formal, da obediência do sistema, depende claramente da justiça substantiva das instituições e da possibilidade de reforma. (RAWLS, 2000, p. 62-63).

O pensamento de Rawls se adequa perfeitamente a realidade do Estado Democrático de Direito por possuir um caráter inclusivo de indivíduos que almejam realizar projetos pessoais em condições iguais (mesmo que apenas formal) de modo que o cidadão se torna o próprio autor das normas criadas e não apenas um destinatário (MORAIS, 2007).

Principalmente, no Estado Democrático de Direito, o acesso à Justiça integra o rol de Direitos Humanos, sendo fundamental a sua garantia para que os demais possam ser reconhecidos. Ademais, para a sociedade ter a efetiva garantia de seus direitos, se mostra primordial que seja ampliada, se torne mais justa e célere a prestação judicial, incumbindo ao estado o dever de conceber instrumentos que o concretizem (ANNONI, 2006).

No Brasil, para efetivar a apreciação judicial dos conflitos, a capacidade econômica das partes não pode ser um impedimento, assim, por meio da gratuidade da justiça, as custas

judiciais serão suspensas porquanto a parte não tiver condições de arcar com as mesmas (BRASIL, 2015). Igualmente, foram criados os juizados especiais com isenção de custas, taxas, despesas e honorários advocatícios em primeiro grau (artigo 54 e seguintes da Lei 9.099/95) (BRASIL, 1995). Por fim, a Defensoria Pública foi instituída como fundamental instrumento de promoção dos direitos humanos com a defesa gratuita e integral dos direitos individuais e coletivos a todos que não possuem condições, mas precisam da tutela judicial ou extrajudicial (artigo 134 da CR/88).

A Constituição Federal de 1988 é considerada uma das mais completas do mundo ao tratar de direitos e garantias fundamentais, pois consagrou a igualdade material, garantindo a todos os brasileiros a redução da desigualdade social, bem como a assistência judiciária gratuita aos necessitados, à criação dos juizados especiais para as causas de menor complexidade e crimes de menor potencial ofensivo, reestruturou e fortaleceu o Ministério Público e reorganizou a Defensoria Pública. (SEIXAS; SOUZA, 2013, p. 82).

Conforme pontua Adriana Silva, justiça não deve ser confundida com jurisdição, sendo a primeira relacionada como a busca pela solução do conflito com o saneamento das divergências e a segunda como “dizer o direito, dar a solução ao caso proposto, sem, no entanto, preocupar-se necessariamente com o contentamento ou a satisfação das partes” (SILVA, 2005, p. 87).

Corroborando com este entendimento, Bruno Salles, apresenta o princípio em duas concepções: a primeira, também chamada de “Acesso ao Poder Judiciário ou aos tribunais” é aquela que é efetivada ao garantir o exercício do direito de ação junto a um Judiciário devidamente institucionalizado; a segunda, possui um sentido mais amplo, possibilitando ao cidadão a ampla informação jurídica e outras formas de acessibilidade aos seus direitos, ainda que fora da organização Jurisdicional, sendo denominada pelo autor como “Acesso ao Direito ou aos Direitos” (SALLES, 2019).

Por acesso à justiça tem se entendido, majoritariamente, por princípio constitucional que fundamenta o direito de acesso aos tribunais, o direito de recorrer da violação de direito subjetivo. Tal acepção está em perfeita sintonia com o Estado Democrático, que deve ser erguido segundo o mandamento da Constituição em seu art. 1º. Todavia, o acesso à justiça, no nosso sentir, abarca outras características além da dimensão processual. Consideramos esse aspecto sumamente importante, porém, ao não trazê-lo para a discussão na sua devida relevância – impedimentos que impossibilitam o cidadão o pleno acesso à justiça –, estaremos sobremaneira enfatizando a pura instrumentalidade em detrimento da substancialidade do preceito constitucional. (ROCHA; ALVES, 2011, p. 133-134).

Ciente de que somente garantir que os conflitos sejam apreciados pelo Judiciário não garantem a efetividade do acesso à justiça, o CPC em seu artigo 4º estipula que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a satisfativa” (BRASIL, 2015). Igualmente, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, utilizando-se como base a Declaração Universal dos Direitos do Homem, atenta a efetividade processual, convencionou que qualquer pessoa terá direito “que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei” (ECHR, 1950).

Um excelente exemplo da garantia da jurisdição, mas não da justiça, é o processo distribuído em 1885 pelo Conde e Condessa d'Eu requerendo a posse do Palácio Guanabara que foi objeto de esbulho pelo Marechal Deodoro da Fonseca durante a proclamação da república, que somente após 125 anos (em 2020) ocorreu o trânsito em julgado dos últimos recursos interpostos perante ao Supremo Tribunal Federal. Dois anos antes, decorridos mais de 123 anos desde sua distribuição, o Recurso Especial nº 1.149.487/RJ⁴ (BRASIL, 2019a) e o Recurso Especial 1.141.490/RJ⁵ (BRASIL, 2019b) foram julgados pelo Superior Tribunal de Justiça. Por fim, após o decurso de 125 anos, os recursos de Agravo de Instrumento nº 761.820/RJ (BRASIL, 2020d) e Agravo de Instrumento nº 764.506/RJ (BRASIL, 2020e), sobrestados enquanto aguardavam decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), bem como o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.250.467/RJ (BRASIL, 2020f) foram conhecidos, mas o seu seguimento foi negado por não ter sido identificada ofensa a preceito constitucional.

O litígio instaurado pela família imperial soa como uma realidade distante, porém, a demora processual traz prejuízos aos cidadãos em situações cotidianas como por exemplo o divórcio de um casal com filhos menores. De acordo com o artigo 733 do CPC, mesmo que exista o acordo entre os cônjuges, caso tenham filhos menores, deverão obrigatoriamente requerer a homologação do acordo (BRASIL, 2015). Todavia, devido à demora oriunda do elevado acervo processual, aquela criança até então incapaz, poderá atingir a maioridade antes que a transação seja homologada e as partes poderão desistir da lide para realizar o ato em cartório. O problema nesta situação é que o Judiciário ao não ser efetivo, foi desnecessariamente movimentado, sendo gerados custos as partes e para o Estado.

Evidente a importância do movimento denominado acesso à justiça e os mecanismos criados para garantir a inclusão de um número cada vez maior de cidadãos no Judiciário.

Ocorre que esses mecanismos de acesso à justiça, que resultaram em uma avalanche de ações, deram causa a outro problema: o andamento da litigiosidade e a morosidade na prestação jurisdicional.

Portanto, não basta criar apenas mecanismos de acesso formal à justiça, permitindo-se o mero acesso ao Poder Judiciário, sem se preocupar com o aumento progressivo da litigiosidade e a consequente morosidade da tutela jurisdicional. É preciso enfrentar o fenômeno da excessiva litigiosidade de massa e assegurar efetiva e tempestiva prestação jurisdicional com isonomia. Tutela justa não é apenas aquela prestada tempestivamente. (ZANFERDINI; MAZZO, p. 94-95, 2015).

Ademais, para o Estado Democrático de Direito, deve-se adotar uma concepção de justiça coexistencial que compreende além da resolução da lide (em sua totalidade) a manutenção das relações entre os indivíduos. De modo diverso da "justiça tradicional" em que

4 O bem foi obtido com a utilização de recursos do Tesouro Nacional como dote e somente poderia ser utilizado como morada da família imperial. Com a proclamação da República, os privilégios reais e títulos nobiliárquicos foram extintos, bem como as Leis nº 166/1840 e 1.904/1870 estipularam que os bens utilizados para moradia da família imperial eram propriedades da Fazenda Nacional. Desse modo em primeiro grau entendeu-se que como o bem pertence a União e com o fim da monarquia os condes não possuem mais títulos garantidores de sua propriedade, inexistindo qualquer violação ao direito de posse. Entendimento esse que foi confirmado pelo 2º grau e pela Quarta Turma do STJ.

5 O segundo feito tem como objeto a ação reivindicatória proposta pelos herdeiros do Conde e da Condessa d'Eu requerendo a restituição do Palácio ao espólio imperial ou, caso não fosse possível, a conversão em indenização. Em primeiro grau, foi acolhida a preliminar de prescrição trintenária, o qual foi confirmada pela Terceira Turma do TRF-2ª Região e pela Quarta Turma do STJ.

uma das partes é vencedora e a outra derrotada, a justiça coexistencial busca o consenso do litígio (SILVA, 2005).

A Justiça coexistencial, ao contrário, não está destinada a *trancher* (sic), a decidir e definir, mas antes a remendar (precisamente de uma *mending justice* - Justiça de consertos), para aliviar situações de ruptura ou de tensão, com o fim de preservar um bem durável, qual seja, a pacífica convivência dos sujeitos que fazem parte de um grupo ou de uma relação complexa, de cujo meio dificilmente poderiam subtrair-se (sic). A justiça contenciosa não se preocupa tanto com estes valores, posto que olha mais para o passado do que para o futuro. A Justiça contenciosa vai muito bem para as relações do tipo tradicional, mas não para aquelas que têm se apresentado com as mais típicas e constantes da sociedade contemporânea, para as quais assume especial importância aquilo que os sociólogos denominam de *total institutions*, ou seja, instituições integrais, nas quais nós, enquanto membros de várias comunidades econômicas, culturais ou sociais, ficamos compelidos a despender uma parte ponderável da nossa vida e da nossa atividade: fábricas, escolas, condomínios, freguesias de bairro, etc. [...]

Nestas relações não se ajusta facilmente o nobre ideal oitocentescos (sic) e burguês da luta pelo direito. O *Kampf ums Recht* deve dar lugar ao *Kampf um die Billigkeit*, ou seja, à luta pela equidade (sic), por uma solução justa e aceitável por todos os contendores. Nestas situações, aquela busca da verdade para se saber quem teve razão e quem não teve razão (no passado), deve encaminhar-se para a busca de uma possibilidade de permanência e de convivência (no futuro), sempre no interesse das próprias partes. (CUNHA, 2015, p. 66).

Nesta concepção, a Justiça ultrapassa a própria jurisdição, devendo o Estado garantir (além da solução de mérito do litígio) a devida apreciação do conflito, para que, ao ser devidamente trabalhado, as relações que se encontram deterioradas ou desmanchadas possam ser restabelecidas.

Portanto, garantir aos cidadãos a possibilidade de terem seus litígios apreciados pelo Judiciário, é apenas uma parte do princípio do acesso à justiça, que para ser integralmente cumprido é necessário que a decisão seja prolatada em tempo hábil. Logo, utilizando dos métodos adequados de solução de conflitos (MASC) os indivíduos poderão em conjunto e com o auxílio de terceiros realizar à justiça em seu sentido amplo, qual seja, de forma satisfatória ter o interesse de cada um assegurado.

4. A CRISE DO ACERVO JUDICIAL

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi criado pela emenda constitucional nº 45/2004 como órgão competente para o controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário, sendo incumbido de elaborar relatório anual sobre a situação do Judiciário e propor providências necessárias de acordo com os dados apresentados (BRASIL, 1988). Sua missão é "desenvolver políticas judiciárias que promovam a efetividade e a unidade do Poder Judiciário, orientadas para os valores de justiça e paz social" (BRASIL, 2020b).

Desde 2004 o relatório 'Justiça em Números' utilizando de análise de dados e estatísticas, contribuiu para a publicidade e transparência do Judiciário⁶ ao traduzir a realidade dos tribunais nacionais quanto a sua estrutura, litigiosidade, situação financeira, tempo de tramitação dos autos, BRASIL, 2020a).

O Relatório Justiça em Números e o principal documento de publicidade e transparência do Poder Judiciário, que consolida em uma única publicação dados gerais da atuação do Poder Judiciário e abrange informações relativas as despesas, as receitas, acesso à justiça e uma vasta gama de indicadores processuais, com variáveis que mensuram o nível de desempenho, de informatização, de produtividade e de recorribilidade da justiça.

diagnóstico, anualmente elaborado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ), sob a supervisão da Secretaria Especial de Programas, Pesquisas e Gestão Estratégica (SEP) do CNJ, apresenta informações detalhadas por tribunal e por segmento de justiça, além de uma série histórica de 11 anos, de 2009 a 2019. As informações são apuradas desde o início da criação do CNJ e o primeiro relatório foi elaborado em 2006, com dados do ano-base 2004. Em 2009, em um processo de ampla revisão e aprimoramento dos glossários e indicadores do Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário (SIESPJ), importantes alterações de conceito foram realizadas, e, por isso, os dados aqui apresentados adotam o recorte temporal a partir desse ano, mantido o histórico para consulta no próprio site do CNJ.

A 16ª edição do Relatório Justiça em Números reúne informações dos 90 órgãos do Poder Judiciário, elencados no art. 92 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, excluídos o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça. Assim, o Justiça em Números inclui: os 27 Tribunais de Justiça Estaduais (TJs); os cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs); os 24 Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs); os 27 Tribunais Regionais Eleitorais (TREs); os três Tribunais de Justiça Militar Estaduais (TJMs); o Superior Tribunal de Justiça (STJ); o Tribunal Superior do Trabalho (TST); o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e o Superior Tribunal Militar (STM). (BRASIL, 2020a, p. 9).

De acordo com o relatório, no ano de 2019 foram distribuídas mais de 30,2 milhões de novos feitos, enquanto 35,4 milhões foram definitivamente baixados, de modo que o Judiciário encerrou o ano com um total de quase 77,1 milhões de feitos em tramitação (BRASIL, 2020a). Desse total, 14,2 milhões (18,5%) de feitos encontravam-se suspensos, sobrestado ou em arquivo provisório (BRASIL, 2020a), porém, mesmo que não estejam sendo efetivamente movimentados, são necessárias despesas com servidores encarregados dos arquivos e gastos com sua manutenção, por exemplo.

6 Os dados apresentados pelo CNJ em seu relatório anual não abrangem o Supremo Tribunal Federal (STF) os quais são apresentados em documento diverso (BRASIL, 2020a).

Tabela 1 – Acervo judicial no ano de 2019

	número de processos
Em tramitação	77.096.939
Novos	30.214.346
Baixados	35.384.976
Total do acervo (em tramitação + novos – baixados)	71.926.309

Fonte: Elaborado pelo autor com dados extraídos do CNJ (BRASIL, 2020a, p. 49).

O ano de 2019 foi marcado pela redução do número de processos em 4,08% se comparado com o ano anterior, tendo a Justiça do Trabalho e a Justiça Estadual juntas reduziram o estoque em 2,7 milhões de feitos, sendo as principais responsáveis pela redução (BRASIL, 2020a). Por sua vez, durante os anos de 2018-2019, o índice acumulado de redução do acervo judicial foi de 3%, todavia, mesmo que pareça promissor, se for mantida a média anual de redução de 2,9 milhões de processos, serão necessários 25 anos para se encerrar os 72 milhões de autos em tramitação nos tribunais nacionais.

A força de trabalho existente no Judiciário no referido ano era de 268.175 servidores e 18.091 magistrados, sendo que 15.552 julgadores estavam alocados na 1ª instância e 2.808 acumulavam funções juzizados especiais e 1.115 nas turmas recursais (BRASIL, 2020a).

Tabela 2 – Força de Trabalho da Magistratura

	Magistrados
Cargos disponíveis	22.706
Cargos vagos	4.615
Em exercício	18.091
1º Grau	15.552
2º Grau	2.463
Tribunais Superiores	76

Fonte: Elaborado pelo autor com dados extraídos do CNJ (BRASIL, 2020a, p. 86).

Tabela 3 – Força de Trabalho de Servidores

	Servidores
Cargos disponíveis	276.331
Cargos vagos	8.156
Em exercício	268.175
Área judiciária	211.295
1º Grau	176.992
2º Grau	30.920
Tribunais Superiores	3.383
Área Administrativa	56.880

Fonte: Elaborado pelo autor com dados extraídos do CNJ (BRASIL, 2020a, p. 86).

Tomando como base o total de feitos no acervo judicial (71.926.309), o número de magistrados em exercício (18.091) e o total de servidores atuantes (268.175), ao final do ano de 2019, cada julgador tinha sobre seus cuidados 3.976 processos e apenas 15 servidores para auxiliá-los.

Com base nesses números, é possível perceber que se torna inviável garantir a celeridade da tramitação processual e a duração razoável (artigo 5º, inciso LXXVIII da CR/88), bem como a solução integral de mérito (artigo 4º do Código de Processo Civil) (BRASIL, 2015).

Para que fosse possível verificar o tempo de tramitação dos feitos nos tribunais, o CNJ analisou o tempo médio gasto da distribuição até o proferimento da sentença; o tempo médio de baixa, ou seja, a data de início de cada fase processual até a sua baixa (por exemplo, o tempo gasto entre a distribuição do feito até o início da fase de execução); e, por fim, a duração medida de processos pendentes (dentre outros motivos, aqueles que voltaram a tramitar por decisões anuladas em recursos ou conflitos de competência) (BRASIL, 2020a).

Tabela 4 – Tempo médio de tramitação nos Tribunais Superiores

Órgão	Sentença	Baixa	Pendente
Superior Tribunal de Justiça (STJ)	9m	1a e 6m	2a e 6m
Tribunal Superior do Trabalho	1a e 4m	1a e 6m	2a e 1m

Fonte: Elaborado pelo autor com dados extraídos do CNJ (BRASIL, 2020a, p. 179).

Tabela 5 – Tempo médio de tramitação no 2º Grau

Órgão	Sentença	Baixa	Pendente
Total	10m	10m	2a e 1m
Tribunais de Justiça Estaduais	8m	1a	2a e 6m
Tribunais Regionais Federais	2a	2a e 5m	2a e 4m
Tribunais Regionais do Trabalho	5m	10m	1a
Turmas Recursal Estadual	7m	8m	1a e 10m

Fonte: Elaborado pelo autor com dados extraídos do CNJ (BRASIL, 2020a, p. 179).

Tabela 6 – Tempo médio de tramitação no 1º Grau

Órgão	Sentença	Baixa	Pendente
Conhecimento Total	2a	1a	3a e 11m
Varas Estaduais	2a e 5m	3a e 7m	4a e 2m
Varas Federais	1a e 7m	2a e 10m	3a e 9m
Varas do Trabalho	8m	1a	1a e 1m
Juizados Especiais Estaduais	9m	1a e 6m	1a e 10m
Juizados Especiais Federais	1a	1a e 9m	1a e 5m
Execução Total	4a e 9m	6a e 6m	7a
Varas Estaduais	4a e 9m	6a e 11m	7a
Varas Federais	7a e 10m	8a e 3m	8a e 4m
Varas do Trabalho	3a e 11m	2a e 6m	4a e 10m
Juizados Especiais Estaduais	1a e 2m	1a e 7m	2a e 3m
Juizados Especiais Federais	7m	1a e 10m	11m

Fonte: Elaborado pelo autor com dados extraídos do CNJ (BRASIL, 2020a, p. 179-180).

Somando-se todos os prazos necessários em cada instância e tribunal, o tempo médio de duração de um processo foi de 2 anos e 2 meses para serem sentenciados, 3 anos e 3 meses para serem baixados e 5 anos e 2 meses quando estavam pendentes (BRASIL, 2020a, p. 181).

Percebe-se claramente o prejuízo que o elevado número de feitos em tramitação acarreta para a população, pois em média, cada jurisdicionado deverá aguardar mais de 2 anos para que seu litígio seja decidido e caso seja necessário iniciar a execução, o tempo necessário aumentará para mais de 3 anos. Ademais, muito embora o objetivo da criação dos juizados especiais seja garantir maior celeridade aos feitos, a realidade se mostra outra, pois a

parte terá que aguardar 9 meses para obter uma sentença nos Juizados Especiais Estaduais e 1 ano nos Juizados Especiais Federais.

Devido ao longo prazo na resolução do litígio, se a parte desistir do feito pela perda do objeto, por ter alcançado um acordo extrajudicial ou outro motivo qualquer, não só as partes, mas o Estado terão gastos desnecessários com custas iniciais, honorários advocatícios, infraestrutura, pessoal, equipamentos, espaço físico, dentre outros.

Manter órgãos autossuficientes, capazes de gastar menos para o seu funcionamento do que as receitas recebidas é essencial para que a população possa ter o devido o acesso as garantias básicas de subsistência. Entretanto, o Judiciário não se amolda a essa hipótese, pois no ano de 2019, foi registrado um déficit total de R\$ 23,8 bilhões, os quais precisaram ser complementados pelos cofres públicos. Igualmente, no biênio 2017-2018, o percentual de gastos necessários para a manutenção do Judiciário (2,6%) foi praticamente inversamente proporcional ao de redução de seu acervo (3%), porém, em 2019 o total gasto ultrapassou 100 bilhões de reais, ocasionando em um aumento de 7 bilhões de reais se comparado com 2018 (BRASIL, 2020a).

Portanto, considerar a alternativa de aumentar o efetivo de profissionais nos tribunais como forma de redução do acervo judicial é inviável, pois consequentemente majoraria o déficit Judiciário. Porém, a autocomposição se mostra uma alternativa viável para garantir o acesso à justiça, reduzir o acervo processual e tornar o órgão autossuficiente. Nesse sentido, o Código de Processo Civil (CPC), determina que operadores do Direito devem incentivar a utilização de métodos autocompositivos (artigo 3º parágrafo 3º) e torna obrigatória após a distribuição da petição inicial, a realização de audiência de conciliação ou mediação (artigo 334) (BRASIL, 2015).

Após o CPC ter entrado em vigor em 2016, notou-se um aumento do índice de conciliações de 11,1% em 2015 para 13,6% em 2016, mas o ano 2019 foi marcado pelo terceiro ano consecutivo de redução no percentual de conciliações no Judiciário, sendo 13,5% em 2017, 12,7% em 2018 e 12,5% em 2019 (BRASIL, 2020a).

Tabela 7 – Índice de Conciliação

Ano	Índice	Total de Sentenças	Sentenças homologatórias
2015	11,1%	27,5 milhões	3,05 milhões
2016	13,6%	27,7 milhões	3,77 milhões
2017	13,5%	28,3 milhões	3,82 milhões
2018	12,7%	29,5 milhões	3,75 milhões
2019	12,5%	31,7 milhões	3,96 milhões

Fonte: Elaborado pelo autor com dados extraídos do CNJ (BRASIL, 2020a).

Mesmo que se apresente como promissor, o percentual de resoluções autocompositivas no Judiciário se comparado com formas extrajudiciais de resolução de conflitos não se mos-

tra tão efetivo. No ano de 2018⁷, enquanto o Judiciário obteve apenas 12,7% (BRASIL, 2020a) de acordos firmados em conciliações, o percentual médio de resolução nos Procons foi de 76% e de 81% na plataforma Consumidor.gov.br foi de 81% (BRASIL, 2019d).

5. MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os institutos extrajudiciais de solução de conflitos progressivamente têm sua importância reconhecida e passam a ser amplamente utilizados, portanto, a antiga denominação métodos alternativos é substituída por métodos adequados. Quando se denomina como "alternativos" os institutos se tornam uma opção substitutiva ao sistema consagrado (Judiciário) como principal predileção das partes. Contudo, quando se substitui para "adequados" essa presunção de hierarquia entre os métodos é retirada, de modo que se tornam semelhantes e não mais "uma segunda opção".

Reside aqui uma celeuma terminológica entre valer-se das expressões métodos "alternativos" ou "adequados". Quando se vale do primeiro, pressupõe-se que há uma via ordinária e, portanto, principal. Com a locução "métodos adequados" não há predisposições em favor de uma ou outra forma de resolução dos litígios, direcionando-se a avaliação tópica de pertinência. No caso, é inegável que atualmente no Brasil há ampla adesão à via heterocompositiva judicial, o que justifica plenamente a alusão às demais formas de resolução de disputas como métodos alternativos. Por outro lado, a apresentação da temática como tal condiciona a um comportamento de escolha subsidiária, o que se mostra inapto ao fomento e ao potencial que apresentam, o que parece justificar com ainda maior intensidade a escolha pela segunda expressão apresentada. (SCARPARO, 2018, p. 67).

Em qualquer sociedade humana o conflito é inerente e inevitável (SAMPAIO, 2016) e se considerarmos que os números hiperbólicos do acervo judicial nacional ocasionam a impossibilidade de se ter proferida uma resolução integral da lide em tempo hábil, é preciso analisar a utilização dos métodos adequados de solução de conflitos como capazes de garantir a efetividade do acesso à justiça.

Atualmente, o mais simples método adequado é a negociação que ocorre diretamente entre os envolvidos, trabalhando o conflito entre si sem qualquer intervenção de terceiros. Mesmo que o ato de negociar possa ser efetuado diretamente pelas partes, caso seja de seu interesse, poderão escolher que ela seja conduzidas por terceiros como na conciliação e mediação.

A utilização da conciliação é indicada em situações nas quais o conflito é objetivo, ou seja, as partes não possuem qualquer tipo de relacionamento significativo ou interesse em criar um. Normalmente, ocorrem em contratos de consumo, no qual o cidadão compra um bem e diante de um problema, quer somente a solução de sua situação.

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de concilia-

7 Foram utilizados os dados de 2018, pois este foi o ano do último relatório disponibilizado pelo SENACON e por tal motivo, foram comparados com o relatório disponibilizado pelo CNJ referente ao mesmo ano.

ção e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

[...]

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (BRASIL, 2015).

Por outro lado, a mediação é o instituto que intenta a mais saudável solução para os imbróglios que vierem a existir, no qual o mediador atuara de forma indireta sendo o agente facilitador da comunicação entre os envolvidos em busca de uma solução de ganhos mútuos.

O CNJ define a mediação é como uma negociação integrativa (que as partes buscam uma solução em que ambas ganhem) intermediada por um ou mais mediadores imparciais e neutros, que irão facilitar a comunicação entre as partes de modo que possam compreendam seus interesses e criem soluções que tragam mudanças positivas e ganhos mútuos (BRASIL, 2016). Conforme explica Fredie Didier Júnior, a diferença entre a conciliação e a mediação é tênue:

A diferença entre a conciliação e a mediação é sutil – e talvez, em um pensamento analiticamente mais rigoroso, inexistente, ao menos em seu aspecto substancial. A doutrina costuma considerá-las como técnicas distintas para a obtenção da autocomposição.

O conciliador tem uma participação mais ativa no processo de negociação, podendo, inclusive, sugerir soluções para o litígio. A técnica da conciliação é mais indicada para os casos em que não havia vínculo anterior entre os envolvidos.

O mediador exerce um papel um tanto diverso. Cabe a ele servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador do diálogo entre eles, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Na técnica da mediação, o mediador não propõe soluções aos interessados. Ela é por isso mais indicada nos casos em que exista uma relação anterior e permanente entre os interessados, como nos casos de conflitos societários e familiares. A mediação será exitosa quando os envolvidos conseguirem construir a solução negociada do conflito. (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 274).

Por ter como objetivo principal o consenso em qualquer um dos métodos utilizados, os envolvidos não são obrigados a atingir uma transação ao final do procedimento utilizado, sendo garantido que a qualquer momento os trabalhos sejam interrompidos, sem que isso cerceie a busca pelo Judiciário.

Carlos Vasconcelos ensina que em uma disputa adversarial como a judicial ou arbitral, a comunicação já está consideravelmente perdida e a cada fala ou argumento, estes serão recebidos como um ataque e ao invés de expor quais são os reais interesses, a parte con-

trária apresentará um novo argumento para rebater o que foi apresentado (VASCONCELOS, 2018).

O que geralmente ocorre no conflito processado com enfoque adversarial é a hipertrofia do argumento unilateral, quase não importando o que o outro fala ou escreve. Por isso mesmo, enquanto um se expressa, o outro já prepara uma nova argumentação. Ao identificarem que não estão sendo entendidas, escutadas, lidas, as partes se exaltam e dramatizam, polarizando ainda mais as posições.

A solução transformadora do conflito depende do reconhecimento das diferenças e da identificação dos interesses comuns e contraditórios, subjacentes, pois a relação interpessoal funda-se em alguma expectativa, valor ou interesse comum.

[...]

O conflito, quando bem conduzido, pode resultar em mudanças positivas e novas oportunidades de ganho mútuo. (VASCONCELOS, 2018).

Para Roger Fisher, Willian Ury e Bruce Patton, para que os envolvidos possam atingir seu objetivo, devem ser utilizadas técnicas capazes de maximizar o resultado. O procedimento proposto pelos autores possui quatro etapas, quais sejam: separar pessoas dos problemas, concentrar em interesses e não em posições, criar opções de ganhos mútuos e focar em critérios objetivos (FISHER, URY e PATTON, 2018).

Separar pessoas dos problemas significa retirar a parte emocional dos conflitos, de modo que o envolvido possa compreender a discussão de uma posição neutra sem o seu caráter sentimental. Normalmente, quando um ato é realizado por alguém com quem o indivíduo já possui alguma ruge e por outra pessoa com quem possui grande apreciação, no primeiro caso será agravado pelos sentimentos negativos, enquanto no segundo poderá ser recebido sem maiores repercussões. Portanto, ao tirar o elemento sentimental do conflito, é possível observá-lo de uma posição neutra para aumentar a confiança entre as partes e reduzir os ruídos na comunicação.

Concentrar em interesses e não em posições é compreender o que o indivíduo realmente quer e não o que aparenta querer. Não raras vezes, duas pessoas querem o mesmo objeto (posições), mas por motivos diferentes (interesses). Por exemplo, dois irmãos estão discutindo para decidir quem terá o direito de dirigir o veículo da família (essa é a posição deles, querem o veículo), então, a solução lógica é que façam um revezamento do bem, o que não fará com que ambos fiquem satisfeitos. Contudo, após aprofundar um pouco mais no conflito, descobrem que um dos irmãos quer o carro para ir para sua faculdade no período noturno e o outro no período diurno (esse é o interesse).

Após explorar o conflito, é possível buscar opções de ganhos mútuos. No caso apresentado como os interesses não são conflituosos, bastaria dividirem a utilização do veículo por período do dia e ambos terão seus interesses completamente satisfeitos, ao contrário da solução baseada nas posições, que além de não resolver o imbróglio, faria com que o bem ficasse ocioso no momento que o outro poderia usar.

Por fim, para focar em critérios objetivos as partes não devem discutir por parâmetros que não são possíveis de serem realizados, pois por mais que cheguem a um acordo, se for inviável, manter a discussão naquele ponto somente traria desgastes e conturbaria ainda

mais a relação. Também pode ser entendido como a utilização de padrões já pré-estabelecidos como tabela de preço, normas jurídicas ou avaliações de peritos.

Qualquer método de negociação pode ser julgado imparcialmente conforme três critérios: deve levar a um acordo sensato caso ele seja possível, deve ser eficiente e deve melhorar ou, pelo menos, não prejudicar a relação entre as partes. (Um acordo sensato pode ser definido como aquele que, na medida do possível, atende aos interesses legítimos de cada lado, resolve conflitos de interesses de forma justa, é durável e leva em conta os interesses da comunidade.

(FISHER; URY; PATTON, 2018).

Utilizando o auxílio de técnicas de negociação, abandona-se o caráter amador e instintivo de uma negociação para um procedimento técnico e bem trabalhado em busca de um acordo em que todos os interesses são sanados e nenhuma das partes sintam-se em desvantagem em relação a outra.

Portanto, ao utilizar os métodos adequados de solução de conflito, não só as partes diretamente interessadas se beneficiaram, pois terão seu dilema resolvido em tempo hábil, de maneira adequada e certa, como a estrutura do Judiciário, que com a consequente redução de novos processos poderá ter tempo hábil e adequado para solucionar o acervo já existente e os novos casos que surgirem.

6. CONCLUSÃO

Diante dos dados apresentados, é possível perceber que o número de feitos em tramitação existentes em nossos tribunais impossibilita que as partes possam obter o resultado integral do feito em tempo hábil, de modo que o princípio do acesso à justiça não é integralmente garantido. No ano de 2019, mesmo que tenha encerrado com uma redução no acervo, o percentual ainda é baixo e se for mantida a tendência, o tempo necessário para que os feitos em tramitação sejam encerrados será de vários anos.

Outrossim, o Judiciário não tem conseguido ser autossuficiente financeiramente, encerrando cada ano com um déficit bilionário, o que inviabiliza a hipótese de aumentar a mão de obra (servidores e magistrados) já existente. Igualmente, exigir que os processos sejam julgados em tempo reduzido, acarretaria decisões que sem ter sido dispendido o tempo necessário para a convicção do magistrado, trariam insatisfação para as partes e insegurança jurídica para a população.

Garantir que a população possa levar seus litígios para apreciação judicial somente é parte do princípio do acesso à justiça, que para ser integralmente efetivado os mesmos devem ser julgados de maneira adequada e em tempo hábil.

Para mudar esse cenário, é necessária uma mudança de cultura na sociedade que deve abdicar da litigiosidade para em um primeiro momento utilizar a autocomposição resolução de seus conflitos e somente diante da impossibilidade de um acordo, judicializar sua demanda. Nesse sentido, os métodos adequados de solução de conflitos, possuem procedimentos mais céleres e menos oneroso para as partes, bem como com o auxílio de técnicas

de negociação permitem que as partes compreendam o conflito e em conjunto almejem uma solução de ganhos mútuos.

Ao se utilizar métodos adequados de solução de conflitos (autocompositivos), é possível reduzir os custos e proporcionar maior celeridade na resolução dos conflitos, de modo que os envolvidos possam assumir a função de atores principais em sua demanda. Igualmente, quando profissionais adequadamente especializados utilizam técnicas de negociação, é possível que em conjunto busquem uma solução que acarrete benefícios mútuos.

Independentemente da forma que a autocomposição for trabalhada (uma negociação diretamente feita pelos envolvidos ou com o auxílio de um terceiro), é possível almejar um termo que seja satisfatório. Ao abandonar o caráter acusatório impositivo de um processo judicial ou heterocomposição, as partes poderão identificar as necessidades, dores e opções do outro, dispensando o tempo necessário para negociar, sem que exista a incerteza do judiciário em que somente ao final da lide será possível saber o resultado.

Logo, como o Brasil não possui recursos financeiros suficientes para aumentar a estrutura do Judiciário, bem como exigir maior celeridade dos magistrados acarretaria prejuízos para a população, o princípio do acesso à justiça atrelado somente à jurisdição não é efetivamente garantido. Conclui-se como de essencial importância a sobreposição da cultura do litígio pela cultura da autocomposição. De modo que com a utilização de métodos adequados de solução de conflitos, será garantido aos cidadãos o efetivo acesso à justiça, além do controle da decisão de seus conflitos visando acordos que tragam benefícios para todos os envolvidos

Ademais, além dos benefícios trazidos para as partes diretamente envolvidas, permitem uma diminuição do acervo judicial, vez que com a redução da distribuição de novos feitos, os magistrados e servidores poderão se encarregar dos casos já existentes e dispender o tempo necessário para sua solução.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Aline; BARROSO, Aléssia. *Curso de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- ANNONI, Danielle. *O Direito humano de acesso à justiça em um prazo razoável*. 2006. 346 f. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2006. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/89512>. Acesso em: 22 nov. 2020.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Hornheim. Pinheiros: Nova Cultural, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia – Uma Defesa das Regras do Jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- BRASIL. Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 out. 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm. Acesso em: 22 nov. 2020.
- BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 dez. 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em 22 nov. 2020.
- BRASIL. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 mar. 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Manual de Mediação Judicial: De acordo com a Lei 13.140/15 (Lei de Mediação), a Lei 13.105/15 (Novo Código de processo Civil) e a Emenda 2 da Resolução 125/10*. 6. ed. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e-2dddbfec54.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Quem somos*. 2020b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos/>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 19 set. 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978. Altera dispositivos da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 out. 1978. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc11-78.htm. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. Secretaria Nacional Do Consumidor. *Consumidor em números: Reclamações de consumo em 2018*. 2019. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1552676889.94/arquivos/consumidor-em-numeros-2018_portal.pdf. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. *Superior Tribunal De Justiça*. Recurso Especial 1.149.487/RJ, Ministro Relator Antônio Carlos Ferreira, julgado em 06 dez. 2018, publicado no Diário da Justiça eletrônico em 15 fev. 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901327733&dt_publicacao=15/02/2019. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. *Superior Tribunal De Justiça*. Agravo Interno no Recurso Especial 1.141.490/RJ, Ministro Relator Antônio Carlos Ferreira, julgado em 06 dez. 2018, publicado no Diário da Justiça eletrônico em 14 fev. 2019g. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901310978&dt_publicacao=14/02/2019. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Agravo de Instrumento 761.820/RJ, Ministra Relatora Rosa Weber, julgado em 18 ago. 2020, publicado no Diário da Justiça eletrônico em 25 ago. 2020d. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344146749&ext=.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Agravo de Instrumento 764.506/RJ, Ministra Relatora Rosa Weber, julgado em 18 ago. 2020, publicado no Diário da Justiça eletrônico em 25 ago. 2020e. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344147487&ext=.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.250.467/RJ, Ministra Relatora Rosa Weber, julgado em 29 jun. 2020, publicado no Diário da Justiça eletrônico em 05 ago. 2020f. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753386305>. Acesso em: 22 nov. 2020.

CAMARGOS, Laís Alves. O direito constitucional ao recurso e à fundamentação das decisões: estudo crítico do julgamento em única instância pelos tribunais de 2º grau. Dissertação. (Mestrado) – Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2020.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. Da conciliação, da mediação e da arbitragem endoprocessual e o novo Código de processo civil. In: *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*: v. 4, n. 44, p. 50-70, set. 2015. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/89494/2015_cunha_jose_conciliacao_mediacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 22 nov. 2020

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ECHR. European Court of Human Rights. *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, adotada em 4 de novembro de 1950. 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em 22 nov. 2020.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim*: Como negociar acordos sem fazer concessões. Tradução de Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018. E-book.

GORDILLO, Agustín. *Princípios Gerais de Direito Público*. Trad. Brasileira de Marco Aurélio Greco. São Paulo: RT, 1977.

LIBRARY, British. *English translation of Magna Carta*. 2014. Disponível em: <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation>. Acesso em: 25 set. 2020.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. Tomo I. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARX, Karl Heinrich. *O Capital*. Traduzido por Ronaldo Alves Schmidt. 8 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2018. E-book.

MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. *O manifesto comunista*. Traduzido por Débora Landsberg. São Paulo: Expresso Zahar, 2014.

MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. "Pensar a justiça no século vinte e um: um breve estudo sobre os pensamentos de Aristóteles e de Rawls sobre a justiça e sua aplicabilidade no Estado Democrático de Direito." In: *XVI Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: CONPEDI, 2007. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/marcio_eduardo_da_silva_pedrosa_morais.pdf. Acesso em 22 nov. 2020.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROCHA, José Cláudio; ALVES, Cristiano Cruz. O acesso à justiça: ao Poder Judiciário ou à ordem jurídica justa? *Revista Meritum*. Belo Horizonte, v. 6, n. 1, p. 133-161, jan./jul. 2011. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1068/761>. Acesso em: 22 nov. 2020.

SALLES, Bruno Makowiecky. *Acesso à justiça e equilíbrio democrático: intercâmbios entre Civil Law e Common Law*. 2019. 509 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí. 2019. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/264/TESE%20BRUNO%20MAKOWIECKY%20SALLES%20-%20TOTAL.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2020.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. Teoria geral do conflito – visão da Psicologia In: BACELLAR, Roberto Portugal (Coord.). *Conciliação e Mediação – ensino em construção*. São Paulo: IPAM – Instituto paulista de magistrados, 2016. p. 320-325.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCARPARO, Eduardo. Negociando estrategicamente em litígios cíveis. In: MACEDO, Elaine Harzheim; DAMASCENO, Marina (org.). *Sistema multiportas e métodos integrados de resolução de conflitos*. Porto Alegre: ediPUCRS, 2018. p. 63-104.

SEIXAS, Bernardo Silva de; SOUZA, Roberta Kelly Silva. Evolução histórica do acesso à justiça nas constituições brasileiras. *Revista de Direito e Democracia*, v. 14, n.1, p. 68-85, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2660/1883>. Acesso em: 22 nov. 2020.

SILVA, Adriana dos Santos. *Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário*. Barueri: Manole, 2005.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações: Investigações sobre a Natureza e suas causas*. São Paulo: Nova Cultural Ltda., 1996.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018. E-book.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; MAZZO, Fernando Henrique Machado. Do movimento de acesso à justiça às preocupações sobre o aumento da litigiosidade de massa. *Revista Meritum*. Belo Horizonte, v. 10, n. 1, p. 77-100, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/3369/1814>. Acesso em 22 nov. 2020.

Recebido/Received: 30.09.2020.

Aprovado/Approved: 25.11.2020.

A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL LEGISLATIVA CONCORRENTE EM MEIO ÀS CRISES CAUSADAS PELA COVID-19 E A INTERPRETAÇÃO DADA PELO STF NO JULGAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR NA ADI 6341

THE CONSTITUTIONAL LEGISLATIVE COMPETENCE
COMPETING IN THE CRISIS CAUSED BY COVID-19 AND THE
INTERPRETATION GIVEN BY THE STF IN THE JUDGMENT
OF THE PRECAUTIONARY MEASURE AT ADI 6341

ANA ELIZABETH NEIRAO REYMAO¹
HUGO JOSÉ DE OLIVEIRA AGRASSAR²
SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY³

RESUMO

O artigo analisa a competência legislativa concorrente delimitada no art. 24, XII, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), comparando decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) em tempos de normalidade e em tempos de crise, como é o momento vivenciado, diante da pandemia de COVID-19. Os julgamentos em foco são referentes à medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341 e na ADI 3937, ambas referentes à defesa e proteção à saúde. Metodologicamente, o estudo é qualitativo, tendo como fontes o levantamento bibliográfico e documental, especialmente a pesquisa jurisprudencial. Conclui-se que o posi-

1 Economista (UFPA), Doutora em Ciências Sociais (UnB), Mestre em Economia (UNICAMP). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento (PPGD) e da graduação do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Pesquisadora e professora da Faculdade de Economia da Universidade Federal do Pará (UFPA). Líder do grupo de pesquisas CNPq MinAmazônia (Mineração e Desenvolvimento Regional na Amazônia). ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-5124-6308>. E-mail: bethrey@uol.com.br.

2 Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA), especialista em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL) e mestrando em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional (PPGD-CESUPA). E-mail: hugoagrassar@gmail.com.

3 Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Desembargadora do Trabalho. Ex-presidente do TRT da 8ª Região (2016-2018). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento e da graduação do Centro Universitário do Pará (CESUPA). E-mail: suzykoury@gmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

REYMAO, Ana Elizabeth Neirao; AGRASSAR, Hugo José de Oliveira; KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A competência constitucional legislativa concorrente em meio às crises causadas pela COVID-19 e a interpretação dada pelo STF no julgamento da medida cautelar na ADI 6341*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 2, p. 292-307, Maio/Ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i2.7942>.

cionamento da corte sobre a competência legislativa concorrente delimitada no art. 24, XII, da CF/1988, se manteve no caso nos julgamentos analisados.

PALAVRAS-CHAVE: Competência legislativa concorrente. ADI. Pandemia. Federalismo. Saúde.

ABSTRACT

The paper analyzes the concurrent competence to legislate defined on the art. 24, XII, of the Brazilian Federal Constitution of 1988 (CF / 1988), comparing decisions of the Supreme Federal Court (STF) in times of normality and in times of crisis, as is the moment experienced, in the face of the COVID-19 pandemic. The judgments mentioned refer to the precautionary measure in Direct Unconstitutionality Action (ADI) 6341 and in the ADI 3937, both referring to the defense and protection of health. Methodologically, the study is qualitative, having as sources the bibliographic and documentary survey, especially the jurisprudential research. It is concluded that the court's position on the concurrent competence to legislate defined on the art. 24, XII, of the CF / 1988, remained the same in the analyzed judgments.

KEYWORDS: *Concurrente competence to legislate. ADI. Pandemic. Federalism. Health.*

1. INTRODUÇÃO

Esse artigo visa analisar a competência legislativa concorrente delimitada no art. 24, XII, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), comparando decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) em tempos de normalidade e em tempos de crise, como é o momento vivido, diante da pandemia de COVID-19.

Toma-se por base a interpretação dada pela corte no julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341 (BRASIL, 2020d), de relatoria do ministro Marco Aurélio Mello, buscando-se verificar se há uma tendência de, ao menos em termos de defesa e proteção à saúde, reforçar a repartição de competência vertical na modalidade concorrente, levando em consideração a autonomia entre os entes federados, a reafirmação da ausência de hierarquia entre eles, bem como a noção de prevalência do interesse para fins de convalidar a ideia de federalismo cooperativo e solidário que orienta a CF/1988 (BRASIL, 1988).

Na ADI 6341 (BRASIL, 2020d) o Partido Democrático Trabalhista (PDT) pedia a suspensão da eficácia de diversos dispositivos da Medida Provisória (MP) 926/2020 (BRASIL, 2020c) no enfrentamento do novo coronavírus, para fins de limitar a tomada de providências normativas e administrativas pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios.

O debate ocorre em um momento em que se faz necessário o país adotar medidas de prevenção e contenção da COVID-19, doença causada por um novo vírus, o SARS-CoV-2, também conhecido como novo coronavírus. Inicialmente registrados na China, em fins de 2019, os casos rapidamente aumentaram e ganharam proporção mundial, tendo a Organização Mundial de Saúde (OMS), em fins de janeiro, declarado situação de emergência de saúde pública internacional e, em 11 de março de 2020, evoluído para a declaração de pandemia.

De fato, os números revelam um quadro preocupante, vez que o total de casos confirmados no mundo já está próximo a 6 milhões, com mais de 350 mil mortes, em 28 de maio de 2020. Os Estados Unidos (EUA), com quase 1,7 milhões de casos, já ultrapassaram de longe

a China (82.995), epicentro inicial da pandemia. O mesmo verifica-se no Brasil (438.812), Rússia (379.051) e Reino Unido (269.127) Itália (231.732), entre os exemplos de países com mais de 200 mil casos, como mostram os dados oficiais divulgados pelos respectivos governos e sistematizados por Stephanou (2020).

A situação provocou uma grave crise e a necessidade da adoção de medidas emergenciais em várias dimensões, como a sanitária, a econômica, a comportamental e a jurídica. Ela representa um desafio brutal para o Estado em termos de gerenciamento de seus sistemas de saúde, fortemente ameaçados de colapso diante do exponencial número de pessoas que precisam de atendimento. Ainda não há medicamento cientificamente aprovado para enfrentar o novo coronavírus, tampouco há vacina, que, segundo as previsões mais otimistas, estará disponível em um ano.

Traz desafios em termos econômicos, em decorrência de uma recessão que talvez supere a da Grande Depressão do início do século XX, quando a queda do produto interno bruto (PIB) dos países e o aumento do desemprego apavoraram o mundo. Entre 1929 e 1932-1933, o PIB caiu 30% nos Estados Unidos, 15% na América Latina, 9% na Europa, 5% na Itália (CIOCCA, 2009). Segundo a pesquisa semanal Focus, do Banco Central, haverá queda de 3,45% no PIB brasileiro em 2020, depois da queda de 3,8% no ano anterior. Além de redução do produto e da renda em dois anos seguidos, vários outros analistas já trazem previsões mais negativas para o país.

Estima-se que a taxa de desemprego do Brasil se eleve dos atuais 11,6% para 16,1% no segundo trimestre de 2020, piorando o mercado de trabalho, que já atravessava uma fase ruim no país. Em números absolutos, representa 5 milhões de pessoas a mais desempregadas em apenas três meses, aumentando de 12,3 milhões para 17 milhões o número de pessoas sem trabalho, segundo mostra o Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas (FGV IBRE).

Os desafios em termos sociais são enormes, como a importância de estruturar políticas públicas para aliviar o custo da dramática situação de insuficiência de renda de milhões de brasileiros, até porque já se tinha um quadro de desemprego e redução de direitos sociais e trabalhistas bastante complicados.

Rupturas comportamentais, especialmente as que decorrem do isolamento social (ou, no limite, do *lockdown*), têm alterado profundamente a forma como as pessoas interagem no mundo todo. O alto contágio do vírus impõe mudança de hábitos como lavar as mãos, usar máscaras, cancelar viagens e reuniões sociais. Impõe-se, em muitos casos, o teletrabalho, isso sem contar com alterações como o impedimento de familiares e amigos velarem os corpos e darem um sepultamento digno a seus queridos, vítimas fatais da doença.

Por fim, destacam-se os desafios jurídicos, vez que há muitas incertezas no atual momento. Problemas da economia afetam as organizações quanto à possibilidade de cumprimento (parcial ou total) dos contratos já celebrados. Apesar de existirem vários mecanismos jurídicos para mitigar riscos e penalidades a que estariam sujeitas as organizações empresariais, a depender da magnitude dos impactos da pandemia nas suas operações, o momento causa de grandes preocupações. Os impactos nas relações de consumo de planos de saúde, por exemplo, trazem diversos questionamentos em termos das responsabilidades das partes.

A necessidade de atuação de todos os entes integrantes da federação brasileira pode, por certo, suscitar eventuais conflitos de competência, na medida que, conforme o art. 24, XII, da CF/88, compete, concorrentemente, à União, aos Estados e ao Distrito Federal, legislar sobre previdência social, proteção e defesa da saúde.

Nesse artigo, como já explicitado, a preocupação é quanto ao posicionamento do STF acerca da edição de normas por estados, Distrito Federal e municípios no enfrentamento do novo coronavírus vis-à-vis outros períodos, que denominaremos de normalidade.

Para tanto, efetua-se uma análise comparativa entre o julgamento da ADI 3937, em 2017 (BRASIL, 2017), ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) contra a Lei 12.687/2007 (SÃO PAULO, 2007), editada pelo Estado de São Paulo, proibindo o uso de produtos, materiais ou artefatos que contivessem quaisquer tipos de amianto no território estadual e o adotado em 2020, no julgamento da ADI 6341 (BRASIL, 2020d).

Como problema de pesquisa, indaga-se: "a repartição constitucional de competência legislativa concorrente, na interpretação do STF em tema de proteção e defesa da saúde mantém a ideia de federalismo cooperativo e solidário determinada pela CF/1988?"

Metodologicamente, a pesquisa é de abordagem qualitativa, buscando-se a interpretação do fenômeno e a atribuição de significados das decisões. Quanto aos objetivos, a pesquisa é exploratória, tendo como procedimento, adota-se o levantamento bibliográfico e documental, notadamente a pesquisa jurisprudencial quanto ao posicionamento do STF nas duas decisões em análise.

O texto está estruturado em três partes, além desta introdução. A seção 2 discute o federalismo e a competência concorrente no constitucionalismo brasileiro em tempos de normalidade. Na seção 3, aborda-se a competência concorrente para legislar em tempos de anormalidade constitucional, analisando-se a decisão que referendou a medida cautelar na ADI 6341 (BRASIL, 2020). As conclusões do estudo são apresentadas ao final.

2. O FEDERALISMO E A COMPETÊNCIA CONCORRENTE NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO EM TEMPOS DE NORMALIDADE

O federalismo brasileiro, consolidado pela Constituição de 1891 (BRASIL, 1891), formou-se por segregação, ou seja, foi fruto de uma descentralização política de um estado unitário em decorrência de um movimento centrífugo estabelecido pelo Decreto nº. 1 de 15/11/1889, o qual transformou as antigas províncias em estados-membros unidos de forma indissolúvel (HORBACH, 2013, p. 9).

Nas Constituições seguintes, 1934 e 1937 (BRASIL, 1934 e 1937), prevaleceu uma tendência centralizadora, com o aumento das competências da União e da presença do Governo federal na solução de problemas econômicos dos Estados-membros, o que foi considerado um retrocesso pois os estados e os municípios se tornaram menos autônomos nesse período do que no período do centralismo imperial (SILVA, 2009).

Essa tentativa de neutralização dos interesses regionais foi alterada na Constituição de 1946 (BRASIL, 1946), que inaugurou um período de federalismo cooperativo. Uma das principais características desse federalismo cooperativo foi a maior transferência de recursos federais aos Estados-membros e aos municípios, mas a concentração, na União, dos grandes poderes nacionais de decisão e de disciplina legislativa (ABRÚCIO; SAMUELS, 1997).

Com a Constituição de 1967 (BRASIL, 1967) e suas emendas, a tendência centralizadora foi retomada, sendo crescente a redução da autonomia normativa dos Estados, prevalecendo o que Horta (1980/1982) nominou de federalismo puramente aparente.

A reabertura democrática e a promulgação da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) conferiu uma nova configuração ao federalismo nacional, que voltou a ter um perfil cooperativo, modelo que pode ser inferido da análise do disposto no seu art. 24, que trata da competência concorrente, tendo sido estabelecidos desenhos institucionais em larga escala para estruturar um Estado orientado a ser democrático e de direito (RANGEL, 2016, p. 218).

Discutindo a noção de competência e sua relação com as estruturas de poder delimitadas pela norma constitucional, destaca Canotilho (1993, p. 175-176):

Normas constitucionais de competência são aquelas nas quais se reconhecem certas atribuições a determinados órgãos constitucionais ou são estabelecidas esferas de competência entre os vários órgãos constitucionais. (...) Saliente-se, de acordo com as referências anteriores sobre a «contaminação material» das normas organizatórias, que as normas de competência comportam, muitas vezes, um conteúdo material respeitante não só ao dever de garantir a competência constitucionalmente fixada, mas também à própria razão de ser da delimitação de competência.

Essa nova configuração de delimitação dos poderes estatais baseou-se no princípio da predominância do interesse no que concerne à repartição de competências entre os entes federados, ou seja, à união competia o que fosse de interesse predominantemente nacional, aos estados, regional, e aos municípios, local, bem como na ideia de federalismo cooperativo o qual parte da noção básica da incapacidade de os entes federativos planejarem e implementarem, de maneira isolada, políticas públicas necessárias ao cumprimento das competências que lhes foram atribuídas pela Carta Magna (SCHIER *et al*, 2018, p. 221).

Por sua vez Horta (1991, p. 249-250), assim, aponta a importância da repartição de competência na Carta Magna brasileira para o amadurecimento do federalismo em busca do equilíbrio entre os entes:

A repartição de competências é exigência da estrutura federal de Estado, para assegurar o convívio dos ordenamentos que compõem o Estado Federal. A forma federal de Estado corresponde ao Estado composto e plural, fundado na associação de vários Estados, cada um possuindo o seu ordenamento jurídico, político e constitucional, conforme as normas estabelecidas na Constituição Federal. (...) A repartição de competências, responsável pela definição constitucional do campo próprio de cada ordenamento, poderá acentuar a centralização, concentrando na Federação ou União a maior soma de poderes, ou conduzir à descentralização, reduzindo os poderes federais e ampliando os poderes estaduais, ou ainda, afastando-se das soluções extremas, dosar as competências federais e estaduais, de modo a instaurar na Constituição Federal o equilíbrio entre o ordenamento central e os ordenamentos parciais. No primeiro caso, a centralização de poderes

configura o federalismo centrípeto; no segundo, a descentralização conduz ao federalismo centrífugo, e, no terceiro, o equilíbrio na dosagem das atribuições conferidas aos ordenamentos implantará o federalismo de equilíbrio.

Importante lembrar que, no plano externo somente o Estado federal goza de personalidade jurídica internacional, sendo o governo central o responsável pela condução dos negócios exteriores da federação (BURDEAU, 1967). No plano interno, porém, o federalismo pressupõe a repartição de competências entre as diversas unidades da federação.

Essa repartição pode ser horizontal ou vertical. A primeira admite três soluções diferentes: a) a enumeração exaustiva das atribuições da União e dos Estados-membros; b) a enumeração da competência da União e a atribuição aos Estados dos poderes reservados ou não enumerados; e b) a enumeração da competência dos Estados-membros, de modo que as matérias não relacionadas sejam de competência do poder central.

Na repartição vertical, por sua vez, tem-se a distribuição de idêntica matéria legislativa entre a União e os Estados-membros, sendo a legislação federal reveladora das linhas essenciais. Caberá à legislação local “preencher o claro que lhe ficou, afeiçoando a matéria revelada na legislação de normas gerais às peculiaridades e às exigências estaduais” (HORTA, 1964, p. 53).

Esse é um dos critérios de repartição vertical de competências adotado pela CF/1988 (BRASIL, 1988), a chamada competência concorrente que divide atribuições políticas legislativas entre os entes federados sob determinados critérios, tornando possível que todos esses entes possam exercer o poder de legislar, respeitadas suas autonomias, sobre os mesmos temas nos âmbitos de prevalência dos seus interesses sem haver hierarquia entre os entes federados, reclamando uma descentralização política, como um modo de reformular a noção de repartição de competência (HORTA, 1985-1986, p. 21).

Nesse aspecto, Almeida (2000, p. 97) ressalta que o respeito a tais autonomias dos entes federados na competência concorrente implica na ausência de hierarquia entre eles, o que reforça o modelo cooperativo de federação a que o Brasil está submetido. É por meio dela que se expressa o poder político, cerne da autonomia das unidades federativas.

De fato, é na capacidade de estabelecer as leis que vão reger as suas próprias atividades, sem subordinação hierárquica e sem a intromissão das demais esferas de poder, que se traduz fundamentalmente a autonomia de cada uma dessas esferas. Autogovernar-se não significa outra coisa senão ditar-se as próprias regras.

Dessa forma, cada centro de poder autônomo na Federação deverá ser dotado da competência para criar o direito aplicável à respectiva órbita. No entanto, nesse ditar as próprias regras, deve-se guardar a subordinação ao poder soberano, no caso o poder constituinte, manifestado na Constituição:

E porque é a Constituição que faz a partilha, tem-se como consequência lógica que a invasão não importa por qual das entidades federadas do campo da competência legislativa de outra resultará sempre na inconstitucionalidade da lei editada pela autoridade incompetente. Isto tanto no caso de usurpação de competência legislativa privativa, como no caso de inobservância dos limites constitucionais postos à atuação de cada entidade no campo da competência legislativa concorrente (ALMEIDA, 2000, p. 97).

Acerca dessa competência concorrente, a CF/1988 (BRASIL, 1988) limita à União a estabelecer normas gerais, não excluindo a competência suplementar dos Estados, observando-se que inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades, em tudo observado o que dispõe o artigo 24, §§1º, 2º e 3º, da CF/1988 (BRASIL, 1988). Essa competência concorrente é assim definida por Silva (2013, p. 485):

Competência é a faculdade atribuída juridicamente a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. (...) Quanto à extensão, a competência se distingue em (...) d) concorrente, cujo conceito compreende dois elementos: d.1) possibilidade de disposição sobre o mesmo assunto; d.2) primazia da União no que tange à fixação de normas gerais.

Novelino (2018, p. 616) também descreve a competência legislativa concorrente entre os entes federativos como aquela que “pode ser exercida, de modo simultâneo por mais de um ente federativo. No âmbito da competência legislativa concorrente (CF, art. 24), cabe à União estabelecer as normas gerais (CF, art. 24, §1º)”.

A chave para a adequada repartição de competência legislativa concorrente, conforme se vê em Horbach (2013, p. 10) “é o conceito de “norma geral”, constante do art. 24, §º, da Constituição de 1988. Mais uma vez aqui a questão se põe de forma simples: quanto mais abrangente esse conceito de norma geral, menor a autonomia estadual”.

Uma das competências legislativas concorrentes constitucionais diz respeito à proteção e defesa da saúde inserida no inciso XII do art. 24⁴ da nossa Carta Magna, o qual estabelece que compete a todos os entes federados (União, Estados e Distrito Federal) legislar concorrentemente sobre temas como previdência social, proteção e defesa da saúde.

Essa competência concorrente já foi objeto de manifestação do Supremo Tribunal Federal em 2008 no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3937 (BRASIL, 2008), ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) contra a Lei 12.687/2007 (SÃO PAULO, 2007), do Estado de São Paulo, que proibia o uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto no território estadual.

Naquela ocasião, por maioria, o Plenário do STF julgou improcedente o pedido constante da ADI 3937 (BRASIL, 2008), definindo que a autonomia dos entes federativos deveria ser respeitada, principalmente em casos que envolvem a proteção e defesa da saúde em tempos de normalidade, senão vejamos:

(...) lei federal faz remissão à Convenção da OIT 162, art. 3º, que, por versar tema que no Brasil é tido como de direito fundamental (saúde), tem o status de norma supralegal. Estaria, portanto, acima da própria lei federal que dispõe sobre a comercialização, produção, transporte etc. do amianto. (...) De maneira que, retomando o discurso do min. Joaquim Barbosa, a norma estadual, no caso, cumpre muito mais a CF nesse plano da proteção à saúde ou de evitar riscos à saúde humana, à saúde da população em geral, dos trabalhadores em particular e do meio ambiente. **A legislação estadual está muito mais próxima dos desígnios constitucionais, e, portanto, realiza melhor esse sumo princípio da eficácia máxima da Constituição em matéria de direitos fundamentais, e muito mais próxima da OIT, também, do que a legislação**

4 Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

federal. Então, parece-me um caso muito interessante de contraposição de norma suplementar com a norma geral, levando-nos a reconhecer a superioridade da norma suplementar sobre a norma geral [ADI 3.937 MC, rel. min. Marco Aurélio, voto do min. Ayres Britto, j. 4-6-2008, P, DJE de 10-10-2008.] Grifo nosso.

No voto acima, observa-se o argumento de que a legislação estadual está muito mais próxima dos desígnios constitucionais, sendo apontada como mais eficaz em matéria de direitos fundamentais e mais próxima do posicionamento defendido pela Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Além de assentar a validade da norma estadual, na ocasião, os ministros também declararam a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Federal 9.055/1995 (BRASIL, 1995), que permitia a extração, a industrialização, a comercialização e a distribuição do uso do amianto na variedade crisotila no país.

Portanto, nota-se que há uma tendência do STF, ao menos em termos de defesa e proteção à saúde, em reforçar a repartição de competência vertical na modalidade concorrente com base na autonomia entre os entes federados, na reafirmação da ausência de hierarquia entre eles, bem como na prevalência do interesse para fins de convalidar a ideia de federalismo cooperativo sob a égide da CF/1988 (BRASIL, 1988), tudo isso em tempos de normalidade constitucional.

Vejamos, na seção seguinte, se em tempos de anormalidade constitucional esse entendimento se mantém por parte da Suprema Corte brasileira.

3. A COMPETÊNCIA CONCORRENTE PARA LEGISLAR EM TEMPOS DE ANORMALIDADE CONSTITUCIONAL: O CASO DA SAÚDE PÚBLICA E A DECISÃO QUE REFERENDOU A MEDIDA CAUTELAR NA ADI 6341

A ideia de anormalidade constitucional está intrinsecamente ligada às noções de Estado Democrático de Direito baseadas no império da lei, na divisão dos poderes do estado, na legalidade da administração e nos direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, a anormalidade constitucional remete a situações de crise ou de emergência, como calamidade pública, por exemplo, às normas previstas na própria constituição com previsão de recursos para os meios excepcionais, necessários, adequados e proporcionais, para se obter o restabelecimento da normalidade constitucional.

Esse recurso a meios excepcionais, lembra Canotilho (1993), também pode ser denominado de "defesa da constituição", "suspensão das garantias constitucionais", "defesa da segurança e ordem pública", "estado de exceção constitucional" ou, ainda, "proteção extraordinária do Estado".

Qualquer que seja sua denominação, ele implica medidas necessárias para a defesa da ordem constitucional diante de situação de anormalidade que não pode ser enfrentada pelos

meios normais previstos na Constituição, visando restabelecer a normalidade constitucional, conforme Canotilho (1993, p. 1145):

Trata-se, por consequência de submeter as situações de crise e de emergência (guerra, tumultos, calamidades públicas) à própria Constituição, constitucionalizando o recurso a meios excepcionais, necessários, adequados e proporcionais, para se obter o restabelecimento da normalidade constitucional.

Desde o início de 2020 o mundo vem enfrentando uma situação de crise e emergência, em decorrência da propagação de um novo vírus, o SARS-CoV-2, também conhecido como novo coronavírus, causador da COVID-19. Os primeiros casos foram registrados em dezembro de 2019, na China.

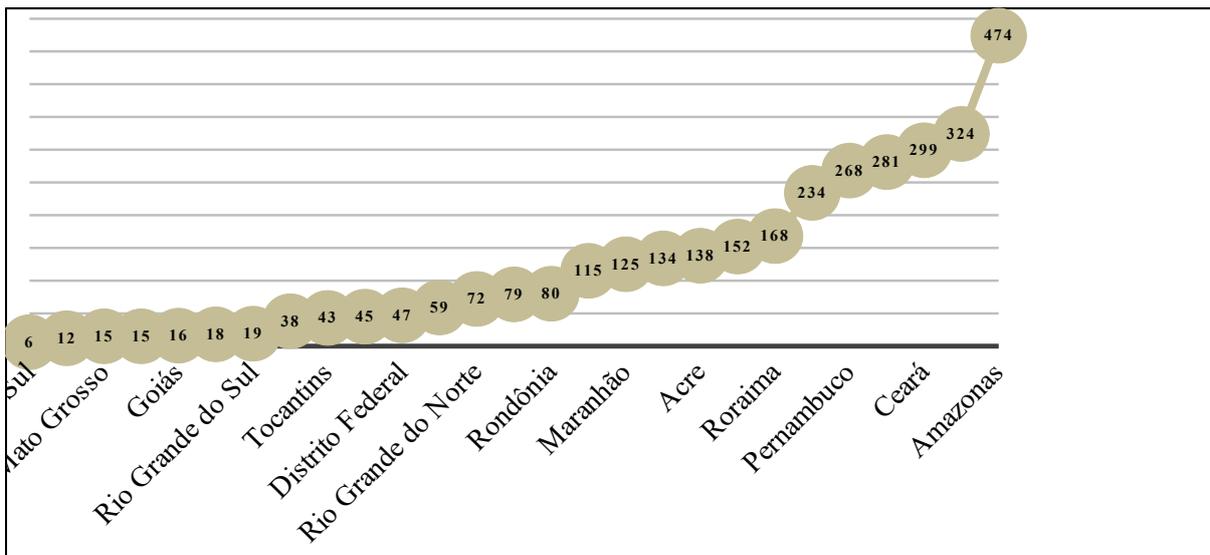
A Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou situação de emergência de saúde pública em nível internacional em 30 de janeiro desse ano e, com a exponencial elevação do número de casos, em pessoas de diversos países e continentes, a modificou a declaração anterior de emergência em saúde para pandemia, em 11 de março.

O total de casos confirmados no mundo de pessoas com a COVID-19 superou um milhão em 2 de abril de 2020 e em 15 de abril esse número já estava acima de 2 milhões. No dia 7 de abril mais de 80 mil pessoas haviam morrido da doença no planeta, segundo a OMS.

Em 24 de abril de 2020, o total de casos confirmados no mundo atingiu 2.716.146, com 190.876 mortes. Os Estados Unidos (EUA) tinham o maior número de casos (879.697), seguidos de Espanha (213.024), Itália (189.973), França (158183) e Alemanha (153.129). Em número de mortes, a Alemanha (5.575) situava-se bem atrás, sendo maiores nos EUA (49.776), Espanha 22157 Itália 25549 França (21856) e Reino Unido (18738), conforme os dados oficiais divulgados pelos respectivos governos e sistematizados por Stephanou (2020).

No Brasil, que declarou estado de calamidade pública pelo Decreto Legislativo n. 6, de 18 de março de 2020 (BRASIL, 2020), o primeiro caso data de 26 de fevereiro de 2020 e, um mês depois, já alcançava o total de 2.915 casos confirmados, com 20 mortes. Em 24 de março o número havia crescido para 52.995, com 3670 mortes. Ao final de maio, os dados mostravam de 438 mil pessoas, com quase 27 mil mortes, tendo alguns estados ultrapassado 30 mil em 29 de maio de 2020: São Paulo (89.483), Rio de Janeiro (42.398), Ceará (37.275), Amazonas (33.508) e Pará (31.033) (STEPHANOU, 2020; MS, 2020). Quando se analisa o número de mortes para cada 1 milhão de habitantes, chama atenção a alta taxa de Amazonas, Pará e Ceará (Gráfico 1).

Gráfico 1- Número de mortes para cada 1 milhão de habitantes, segundo estados brasileiros



Fonte: elaboração própria, com base em Stephanou (2020).

Nota: Posição em 28/05/2020.

O gráfico mostra que a evolução da COVID-19 não se deu de modo igual nos entes federados brasileiros, o que reforça a necessidade de respeito às suas autonomias constitucionais com base na repartição de competência legislativa concorrente para o efetivo combate à pandemia.

Ainda em fevereiro e março a pandemia tornou premente a adoção de medidas de prevenção e contenção da COVID-19 pelos diversos entes federados. Na seara normativa federal, destacam-se a Portaria 188, de 03 de fevereiro de 2020, do Ministro de Estado da Saúde, que determinou a declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPI) e, principalmente a Lei n.º. 13.979/2020 (BRASIL, 2020b), publicada em 06 de fevereiro de 2020 e regulamentada pelo Decreto n.º. 10.282, de 20 de março de 2020 (BRASIL, 2020a), o qual definiu os serviços públicos e atividades essenciais, para fins de resguardo da sobrevivência, saúde e segurança da população afetada pelas medidas da lei.

Em 20 de março de 2020, o Poder Executivo federal publicou a Medida Provisória 926 (BRASIL, 2020c) estabelecendo que o governo federal, por meio do Presidente da República, seria o competente para decidir sobre limitação de locomoção e definição de atividades essenciais, alterando parte da supracitada lei, nela incluindo os §§8º e 9º ao art. 3º, como abaixo destacado:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 8º As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 9º O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Em virtude dessa alteração da Lei nº. 13.979/2020 pela MP 926/2020, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) propôs a ADI 6341 (BRASIL, 2020e) com pedido de medida cautelar *ad referendum* do plenário, tendo sido deferida a medida pelo relator Ministro Marco Aurélio Melo, que fixou o entendimento de que os estados e os municípios possuem autonomia para o enfrentamento da pandemia e que a melhor interpretação da lei seria no sentido de que todos os entes federados, no limite de suas atribuições, poderiam tomar medidas para o combate à COVID-19. Vejamos o teor da decisão do Ministro relator:

SAÚDE CRISE CORONAVÍRUS MEDIDA PROVISÓRIA PROVIDÊNCIAS LEGITIMAÇÃO CONCORRENTE. Surgem atendidos os requisitos de urgência e necessidade, no que medida provisória dispõe sobre providências no campo da saúde pública nacional, sem prejuízo da legitimação concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. () 2. Embora o pedido de medida de urgência esteja direcionado à imediata glosa dos preceitos impugnados, cumpre, na fase atual, enquanto não aparelhado o processo, aferir tão somente a pertinência, ou não, de suspensão da eficácia dos dispositivos. A cabeça do artigo 3º sinaliza, a mais não poder, a quadra vivenciada, ao referir-se ao enfrentamento da emergência de saúde pública, de importância internacional, decorrente do coronavírus. Mais do que isso, revela o endosso a atos de autoridades, no âmbito das respectivas competências, visando o isolamento, a quarentena, a restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de entrada e saída do País, bem como locomoção interestadual e intermunicipal. Seguem-se os dispositivos impugnados. O § 8º versa a preservação do exercício e funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais. O § 9º atribui ao Presidente da República, mediante decreto, a definição dos serviços e atividades enquadráveis. Já o § 10 prevê que somente poderão ser adotadas as medidas em ato específico, em articulação prévia com o órgão regulador ou o poder concedente ou autorizador. Por último, o § 11 veda restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais. Vê-se que a medida provisória, ante quadro revelador de urgência e necessidade de disciplina, foi editada com a finalidade de mitigar-se a crise internacional que chegou ao Brasil, muito embora no território brasileiro ainda esteja, segundo alguns técnicos, embrionária. Há de ter-se a visão voltada ao coletivo, ou seja, à saúde pública, mostrando-se interessados todos os cidadãos. O artigo 3º, cabeça, remete às atribuições, das autoridades, quanto às medidas a serem implementadas. Não se pode ver transgressão a preceito da Constituição Federal. As providências não afastam atos a serem praticados por Estado, o Distrito Federal e Município considerada a competência concorrente na forma do artigo 23, inciso II, da Lei Maior. Também não vinga o articulado quanto à reserva de lei complementar. Descabe a óptica no sentido de o tema somente poder ser objeto de abordagem e disciplina mediante lei de envergadura maior. Presentes urgência e necessidade de ter-se disciplina geral de abrangência nacional, há de concluir-se que, a tempo e modo, atuou o Presidente da República Jair Bolsonaro **ao editar a Medida Provisória. O que nela se contém repita-se à exaustão não afasta a competência concorrente, em termos de saúde, dos Estados e Municípios. Surge acolhível o que pretendido, sob o ângulo acautelador, no item a.2 da peça inicial, assentando-se, no campo, há de ser**

reconhecido, simplesmente formal, que a disciplina decorrente da Medida Provisória nº 926/2020, no que imprimiu nova redação ao artigo 3º da Lei federal nº 9.868/1999, não afasta a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. 3. Defiro, em parte, a medida acauteladora, para tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente. 4. Esta medida acauteladora fica submetida, tão logo seja suplantada a fase crítica ora existente e designada Sessão, ao crivo do Plenário presencial. Grifo nosso. relator Ministro Marco Aurélio Melo [ADI 6341, rel. min. Marco Aurélio Melo].

Como se observa, o ministro deferiu, liminarmente, parte do pedido do PDT de inconstitucionalidade da MP 926/2020 (BRASIL, 2020c), que restringiu ao governo federal as competências para determinar o que são serviços essenciais e para limitar a circulação interestadual e intermunicipal de pessoas e mercadorias. Ao ajuizar a ação, o PDT apontou a inconstitucionalidade em vários trechos por centralizar na União a competência para cuidar da saúde, dirigir o Sistema Único de Saúde (SUS) e executar ações de vigilância sanitária e epidemiológica, tentando esvaziar a responsabilidade e a competência constitucionais de estados e municípios.

A sessão plenária do STF para tratar da ADI 6341 (BRASIL, 2020e) foi realizada em 15 de abril de 2020, ficando marcada por ter sido a primeira da realizada, inteiramente, por videoconferência. Nela, os ministros mantiveram a mesma ideia base da decisão cautelar do Ministro Marco Aurélio Mello e deram interpretação conforme para determinar que o Presidente da República, na definição de serviços essenciais, resguardasse o interesse regional do estado e local do município, sob pena de esvaziamento da autonomia desses entes, *in verbis*:

O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), **acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais**, vencidos, neste ponto, o Ministro Relator e o Ministro Dias Toffoli (Presidente), e, em parte, quanto à interpretação conforme à letra *b* do inciso VI do art. 3º, os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux. Redigirá o acórdão o Ministro Edson Fachin. Plenário, 15.04.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). Grifo nosso.

A decisão, unânime, referendou a liminar e sua interpretação de que não há disposição na norma que de fato direcione a competência exclusiva à União para adotar as providências sobre os temas da pandemia. Entendeu-se que as providências adotadas pelo Governo Federal não impedem que demais entes da federação atuem normativa e administrativa no âmbito de sua competência federativa comum, em tudo observado o direito fundamental social à saúde, "cujo acesso deve ser universal, igualitário e gratuito, configurando dever do Estado e direito de todos os cidadãos, ocasiona a reconfiguração da saúde pública de forma a garantir a prestação de bens, utilidades e serviços necessários à sua fruição" (COSTA. 2017, p. 850).

Alguns questionamentos de ordem prática emergem da decisão referendada pelo plenário do STF, reflexões que serão apontadas aqui apenas para fomentar futuros debates, vez que o cerne do presente artigo é analisar o reflexo dessa decisão para o federalismo

cooperativo brasileiro. O primeiro é acerca dos limites da autonomia dos estados e municípios para que não sejam cometidas arbitrariedades. Quais são esses limites? Em segundo lugar, demandariam as ordens restritivas dos estados e dos municípios um aval técnico da esfera federal, como do Ministério da Saúde ou da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)? Ou a análise técnica de seus órgãos de saúde é suficiente? Por fim, em caso de conflito entre decretos estaduais e municipais qual deverá prevalecer?

Apesar de tais questionamentos, nota-se que a decisão do plenário do STF que referendou a medida cautelar do Ministro Marco Aurélio, manteve a jurisprudência firmada pela corte na ADI 3937 de 2008 (BRASIL, 2008), ainda que de forma genérica e ao menos em termos de defesa e proteção à saúde. As decisões reforçaram a repartição de competência vertical na modalidade concorrente com base na autonomia entre os entes federados, na reafirmação da ausência de hierarquia entre eles e na prevalência do interesse para fins de convalidar a ideia de federalismo cooperativo, sob a égide da CF/1988 (BRASIL, 1988), e, sobretudo zelar pelo bom funcionamento do Estado Democrático de Direito, que traz em si arraigado o dever de observar e concretizar os direitos fundamentais, essenciais para proteger a dignidade humana (GERVASONI; GERVASONI, 2004).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do posicionamento do STF em decisões sobre a competência legislativa concorrente delimitada no art. 24, XII, da CF/1988 (BRASIL, 1988), mostrou que a jurisprudência se no caso do no julgamento da ADI 3937 (BRASIL, 2008), em 2017, e da ADI 6341 (BRASIL, 2020e), em 2020, os quais foram denominados de períodos de normalidade e períodos de crise, respectivamente, respondendo positivamente ao problema proposto na presente pesquisa relativo à interpretação da Corte em tema de proteção e defesa da saúde.

Cumprir destacar, no entanto, que apesar de a decisão tomada pelo STF na ADI 6341 (BRASIL, 2020) ter sido genérica, resta claro que a autonomia dos estados e municípios não lhes concede poder para cometer arbitrariedades, principalmente quando suas atuações puderem afetar os interesses do país como, por exemplo, nos casos de fechamento de rodovias que possam causar crise no abastecimento nacional.

Uma questão que não restou decidida nem analisada *obter dictum* nesse caso pelo STF é o que deverá prevalecer em caso de divergências entre um decreto estadual, que, por exemplo, determine quarentena, e um decreto municipal que a relaxe em âmbito local. Contudo, pela interpretação dada no referendo da medida cautelar pode-se entender que, nesses casos, prevalecerá o interesse local dos municípios.

Portanto, o STF reforça em sua decisão a repartição vertical de competência, respeitando a autonomia dos estados e municípios e resguardando a competência da União em legislar apenas sobre normas gerais no âmbito da competência concorrente, devendo ser entendido, também, que, no âmbito de interesses nacional da União, regional dos Estados e local dos municípios, a noção de federalismo cooperativo faz-se necessária para o efetivo enfrentamento à COVID-19 e outras crises desta natureza que porventura possam vir a atingir as estruturas da federação brasileira.

Em síntese, a atuação conjunta dos entes federados, com base na predominância equilibrada de seus interesses, seja em tempos de normalidade mas, principalmente, em tempos de crise como a ocorrida no sistema de saúde em todas as esferas de poder decorrente da pandemia de COVID-19, é um caminho necessário, segundo o STF, que reafirmou às suas competências constitucionais concorrentes para legislar sobre o assunto, para que tal crise seja superada com eficácia e eficiência, mantendo-se a ideia de federalismo cooperativo e solidário consagrado pela CF/1988.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz; SAMUELS, David. A nova política dos governadores. *Lua Nova [on line]*. 1997, n. 40-41, p. 137-166. ISSN 0102-6445. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451997000200007&script=sci_abstract&tlng=pt.

Acesso em: 24 abr. 2020.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL. *Decreto nº. 10.282, de 20 de março de 2020*. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Brasil: Presidência da República, 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm. Acesso em 07 jun. 2020.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891*. Brasil: Presidência da República, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 07 jun. 2020.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Brasil: Presidência da República, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 07 jun. 2020.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Brasil: Presidência da República, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 07 jun. 2020.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946*. Brasil: Presidência da República, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 07 jun. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967*. Brasil: Presidência da República, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 07 jun. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Brasil: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 07 jun. 2020.

BRASIL. *Lei nº. 9.055, de 01 de junho de 1995*. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Brasil: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9055.htm. Acesso em 07 jun. 2020.

BRASIL. *Lei nº. 13.979, de 06 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasil: Presidência da República, 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em 07 jun. 2020.

BRASIL. *Medida Provisória nº. 926, de 20 de março de 2020*. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Brasil: Presidência da República, 2020c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm. Acesso em 07 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº. 188, de 03 de fevereiro de 2020*. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Brasil: Ministério da Saúde, 2020d. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em 07 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade: 3937*. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 24.08.2017. STF. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2544561>. Acesso em: 07 de jun. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade: 6341*. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 15.04.2020. STF. 2020e. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 07 de jun. de 2020.

BULOS, Uadi Lâmego. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*. t. 2. 2. ed. Paris: LGDJ, 1967.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CIOCCA, Pierluigi. 1929 e 2009: duas crises comensuráveis? *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 23, n. 66, p. 81-89, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142009000200007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 24 abr. 2020.

COSTA, Fabricio Veiga, et al. *Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol. 7, no. 3, 2017, p. 844-874.

GERVASONI, Tássia; GERVASONI, Tamiris Alessandra. Jurisdição constitucional e controle de políticas públicas: uma realidade necessária para a concretização dos direitos fundamentais. *Meritum, Revista de Direito da Universidade FUMEC*, v. 9, n. 2, p. 393-418, 2014. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/3067/1672>. Acesso em: 20 mar. 2020.

HORBACH, Carlos Bastide. *Forma de Estado: Federalismo e repartição de competência*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol. 3, no. 2, 2013, p. 2-13.

HORTA, Raul Machado. *A posição do Município no Direito Constitucional Federal Brasileiro*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, nº. 55, Julho de 1982, p. 197-221.

HORTA, Raul Machado. *A autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro*. 1964. 1964. Tese de Doutorado. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

HORTA, Raul Machado. *O Estado-membro na Constituição Federal Brasileira*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, nº. 69, 1989-1990, p. 61-90.

HORTA, Raul Machado. *Organização Constitucional do Federalismo*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 28, 1985-1986, p. 9-32.

HORTA, Raul Machado. *Reconstrução do Federalismo Brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 36, 1980-1982, p. 36-58.

HORTA, Raul Machado. *Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 33, 1991, p. 249-274.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Painel Coronavírus*. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 24 Abr. 2020.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podium, 2018.

RANGEL, Hnerique, et al. *Judicialização do federalismo e federalismo formal*. Revista Direito GV, vol. 12, no. 1, jan-abr 2016, p. 217-250.

ROCHA, Luiz Alberto G. S. *Estado, democracia e globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; AZEVEDO, William Geraldo. *A cooperação entre entes municipais como alternativa à prestação regionalizada do serviço público de saneamento básico*. Meritum – Belo Horizonte – v. 13 – n. 2 – p. 207-230 – Jul./Dez. 2018.

SILVA, André Carlos da. *Estado Federal e Poder Municipal*. Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundial, Brasília, v. 6, n. 2, p. 351-378, jul./dez. 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SÃO PAULO. *Lei nº. 12.684, de 26 de julho de 2007*. Proíbe o uso, no Estado de São Paulo de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2007/lei-12684-26.07.2007.html>. Acesso em 07 jun. 2020.

STEPHANOU, Giscard. *Painel de COVID-19: Estatísticas do Coronavírus*. 2020. Disponível em: <http://www.giscard.com.br/coronavirus/index.php>. Acesso em: 24 Abr. 2020.

Recebido/Received: 29.05.2020.

Aprovado/Approved: 12.08.2020.

SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR NA PANDEMIA: ANÁLISE CRÍTICA DO PROJETO DE LEI DO SENADO SOBRE A LIMITAÇÃO DE JUROS DO CARTÃO DE CRÉDITO E CHEQUE ESPECIAL

CONSUMER OVER-INDEBTENESS IN PANDEMIA:
ANALYSIS OF THE DRAFT SENATE LAW ON THE LIMITATION OF
INTEREST ON CREDIT CARDS AND OVERDRAFT IN PANDEMIA

PAULO MÁRCIO REIS SANTOS¹

FLÁVIA GUIMARÃES CAMPOS PAULINO DA COSTA²

ROBERTA MACIEL CAMPOLINA³

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o Projeto de Lei nº 1.166/20, que prevê a limitação dos juros de cartões de crédito e cheque especial para atenuar os impactos financeiros durante a pandemia, analisados os aspectos materiais da proposta e o direito comparado. Como problema de pesquisa, indaga-se se o referido projeto dispõe de mecanismos eficientes para o enfrentamento do quadro de elevada complexidade, capazes de mitigar o superendividamento no Brasil, sobretudo no âmbito da economia das famílias mais vulneráveis, consideravelmente expostas no contexto da pandemia da COVID-19. A metodologia de pesquisa adotada foi documental e bibliográfica, mediante a análise de documentos especializados, constituída por livros e trabalhos científicos. No resultado, será destacada a importância da educação financeira aliada a estímulos positivos como instrumento para a redução do superendividamento do consumidor no Brasil.

Palavras-chave: Cartão de Crédito. Cheque Especial. Pandemia. Projeto de Lei do Senado. Superendividamento.

1 Professor no Programa de Mestrado e na Graduação em Direito da Universidade FUMEC. Coordenador do Setor de Pós-graduação Lato Sensu da Universidade FUMEC. Sócio fundador da PMRS Advocacia e Consultoria. Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC (2003). Doutor (2019) e Mestre (2009) Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Possui experiência docente e profissional em Direito da Concorrência e Inovação, Direito Econômico, Direito Internacional Privado e Relações de Consumo. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3279-8136>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8117691847816487>. E-mail: paulomarcio@fumec.br.

2 Mestranda em Direito no PPGD da FUMEC. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7205-146X>. E-mail: fgcampos22@yahoo.com.br.

3 Mestranda em Direito no PPGD da FUMEC. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7270-4109>. E-mail: roberta.campolina@hotmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

SANTOS, Paulo Márcio Reis; COSTA, Flávia Guimarães Campos Paulino da; CAMPOLINA, Roberta Maciel. *Superendividamento do consumidor na pandemia: análise crítica do projeto de lei do Senado sobre a limitação de juros do cartão de crédito e cheque especial*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 2, p. 308-320, Maio/Ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i2.8267>.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze Bill nº 1,166/20, which provides for the limitation of interest on credit cards and overdraft to mitigate financial impacts during the pandemic, analyzing the material aspects of the proposal and the right compared. As a research problem, it is asked whether the referred bill has efficient mechanisms to face the highly complex situation, capable of mitigating over-indebtedness in Brazil, especially in the context of the economy of the most vulnerable families, considerably exposed in the context of the the COVID-19 pandemic. The research methodology adopted was documentary and bibliographic, through the analysis of specialized documents, consisting of books and scientific works. In the result, the importance of financial education combined with positive stimuli as an instrument for reducing consumer over-indebtedness in Brazil will be highlighted.

Keywords: Credit card. Overdraft. Pandemic. Over-indebtedness. Senate Bill.

1. INTRODUÇÃO

Com o acesso ao crédito fácil trazido por diversas alternativas de pagamentos e o controle da inflação, nota-se que, independente das taxas de juros aplicadas, é usual a utilização do crédito em suas inúmeras modalidades para pagamento de despesas.

Essa facilidade de acesso ao crédito trouxe benefícios para que a qualidade de vida pudesse ser melhorada. No entanto, houve o incremento da taxa de juros para compensar o cedente pelo valor do capital disponibilizado ao consumidor.

Quando a obrigação contraída não consegue ser honrada no seu devido tempo, cria-se o círculo vicioso de endividamento do consumidor. No Brasil isso é reforçado pela percepção acerca da ausência de orientação e educação financeira. Esse cenário, aliado ao consumismo exacerbado, cada vez mais atento ao "ter", representa um dos mais fortes motivos para haver mais de 67,4% das famílias endividadas (ROUBICEK, 2020).

Diante disso, o Poder Executivo, em 9 de junho de 2020, para implementar a política de educação financeira, editou o Decreto nº 10.393, que instituiu a nova Estratégia Nacional de Educação Financeira - ENEF e o Fórum Brasileiro de Educação Financeira – FBEF, para promover a educação financeira, securitária, previdenciária e fiscal no País (BRASIL, 2020).

A facilidade de obtenção de crédito, principalmente por meio do cartão de crédito e do cheque especial, fez a curva do endividamento apresentar tendência de alta nos últimos anos (BRASIL, 2020). No caso específico do cartão de crédito, a possibilidade de se ter um benefício sem o desembolso imediato para pagamento à vista faz com que o consumidor aproveite essa modalidade, em muitos casos, sem o devido planejamento e sustentabilidade na renda, ou seja, um gasto não projetado, mas realizado.

De acordo com a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), houve altas consecutivas de endividamento das famílias brasileiras no ano de 2019, encerrado com o maior índice desde 2013 (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO, 2020).

Acredita-se que o elevado cenário de endividamento poderá piorar em função das medidas de enfrentamento à COVID-19 tomadas pelo Poder Público no Brasil (BRASIL, 2020). Isso porque a busca do crédito foi a solução encontrada nesse novo contexto, na tentativa de

atender demandas essenciais, como aluguel, luz elétrica, água, alimentação, dentre outras, quadro agravado diante de uma inadequada administração financeira das famílias brasileiras.

O inadimplemento das obrigações creditícias em modalidades que apresentam altas taxas de juros elevam o nível de endividamento e criam uma conjuntura preocupante. As taxas de juros do cheque especial e do cartão de crédito no Brasil são uma das mais elevadas do mundo, ensejando necessárias medidas para a atenuação, especialmente em período tão excepcional, como o de uma pandemia.

O presente artigo tem como objetivo analisar o Projeto de Lei nº 1.166 de 2020 (BRASIL, 2020), de autoria do Senador Álvaro Dias (Podemos), do Paraná, que prevê a limitação da taxa de juros para o cartão de crédito e cheque especial, como forma de atenuar os impactos negativos advindos da pandemia da COVID-19.

Como problema de pesquisa, indaga-se se o referido Projeto de Lei dispõe de mecanismos eficientes para o enfrentamento do quadro de elevada complexidade, capazes de mitigar o superendividamento no Brasil, sobretudo no âmbito da economia das famílias mais vulneráveis, consideravelmente expostas no contexto da pandemia da COVID-19.

A metodologia de pesquisa adotada foi documental e bibliográfica, mediante a análise de documentos especializados, constituída por livros e trabalhos científicos.

2. EDUCAÇÃO FINANCEIRA E O PANORAMA DO SUPERENDIVIDAMENTO NO BRASIL NA ÚLTIMA DÉCADA

A economia comportamental aponta que, diferentemente da visão da economia tradicional, as pessoas decidem com base em hábitos, experiências pessoais e regras práticas simplificadas. Aceitam soluções apenas satisfatórias, buscam rapidez, têm dificuldade em equilibrar interesses de curto e longo prazo e são muito influenciadas por fatores emocionais, inclusive pelo comportamento dos demais indivíduos (ÁVILA; BIANCHI, 2020).

A educação financeira, como proposta pelo governo, por meio do Decreto nº 10.393, de 2020, aliada a estímulos positivos, tal como preconizam por Richard H. Thaler e Cass Sunstein na figura metafórica do “arquiteto de escolhas” (THALER; SUNSTEIN, 2020), pode representar a reorientação e o aprimoramento das escolhas domésticas e do gerenciamento financeiro, com capacidade de mitigar o quadro do superendividamento.

Thaler e Sunstein consideram que os indivíduos e instituições, mediante estímulos conscientes e invisíveis e com o mínimo de custo político e econômico, podem obter grandes conquistas em relação às finanças, saúde pública e igualdade. Para eles, os agentes empresariais, governos, pais, professores e médicos podem vir a ser “arquitetos de escolhas” (THALER; SUNSTEIN, 2020).⁴

4 *Nudge* é um conceito da ciência comportamental, teoria política e economia, que propõe estímulo positivo e sugestões indiretas como forma de influenciar o comportamento e a tomada de decisão de grupos ou indivíduos. Esse incentivo contrasta com outras maneiras de obter conformidade, como a educação, a legislação ou a imposição.

Os avanços nas diversas vertentes do campo de estudo econômico-comportamental ocorrem de forma acelerada e seu amplo uso em diversas áreas temáticas, desde a academia ao setor público e privado, reforçam a importância da incorporação e consolidação de *insights* provenientes da economia comportamental diante das premissas econômicas tradicionais (RIBEIRO; DOMINGUES, 2018).

O crédito é uma fonte extra de recursos, oriundos de terceiros, representados por bancos, financeiras, cooperativas de crédito, dentre outros, que traz a oportunidade de aquisição de bens ou a contratação de serviços de maneira antecipada. Isso possibilita que a pessoa física ou jurídica complemente a sua renda para comprar algo que almeja.

A disseminação do crédito fácil à população, bem como o aumento de outras formas de pagamento está tornando a sociedade brasileira cada vez mais propícia ao consumo. Outro fator de aumento do grau de endividamento da família brasileira é a ausência de uma cultura de educação financeira e pela falta de monitoramento da aplicação dos recursos financeiros a longo prazo.

A facilidade em se obter crédito no Brasil reforçada por essa falta de educação financeira faz com que o crédito configure um problema ao invés de uma solução, pois os juros, quando não considerados, acabam por criar uma sobrecarga no cumprimento da obrigação negociada. Isso leva muitas vezes o consumidor a buscar em um novo crédito como forma de pagamento do anterior, assim cria-se a figura do superendividamento (FANECA, 2016).

Esta realidade tem gerado um aumento significativo do endividamento das famílias conforme levantamento realizado pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO, 2020).

De acordo com uma Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (PEIC) realizada em julho de 2020, o número de famílias brasileiras com dívidas atingiu o nível de 67,4%, alcançando o maior índice percentual desde 2010.

Gráfico 1



Fonte: Confederação Nacional do Comércio

Fonte: Roubicek, 2020.

Em fevereiro de 2020 a mesma pesquisa indicava um nível de endividamento de 65,1% (sessenta e cinco vírgula um por cento) das famílias. Acredita-se que com o cenário que se estabeleceu desde março de 2020 no Brasil, em virtude da pandemia da COVID-19 essa taxa pode vir a aumentar ainda mais nos próximos meses.

Vale ressaltar que as dívidas têm diferentes origens como por exemplo: cartão de crédito, cheque especial, carnês de loja, prestações habitacionais, prestações de bens móveis, dentre outros.

Outro dado de grande significância e que a pesquisa do CNC apresenta é a alta da inadimplência em 2020. Apesar de não ser considerado o maior índice da história, desde que a pesquisa iniciou, ela demonstra uma tendência de alta. Em dado momento as respostas das famílias indicam também que 12% (doze por cento) das mesmas estão com contas em atraso e não terão condições de honrar com seus compromissos.

Gráfico 2

INADIMPLÊNCIA EM ALTA

Famílias inadimplentes no Brasil

■ Contas em atraso

■ Não terão condição de pagar contas em atraso



Fonte: Confederação Nacional do Comércio

Fonte: Roubicek, 2020.

Entre os vários modelos de dívida a mais significativa levantada na pesquisa foi referente ao cartão de crédito que se destacou com 76,2% (setenta e seis vírgula dois por cento). Seguido das dívidas contraídas em carnê e financiamento de carro.

A modalidade de dívida através de cartão de crédito é preocupante, pois os juros dos são muito altos chegando a taxas acima de 250% (duzentos e cinquenta por cento) ao ano.

Gráfico 3

ORIGEM DAS DÍVIDAS

Tipo de dívida das famílias



Fonte: Confederação Nacional do Comércio

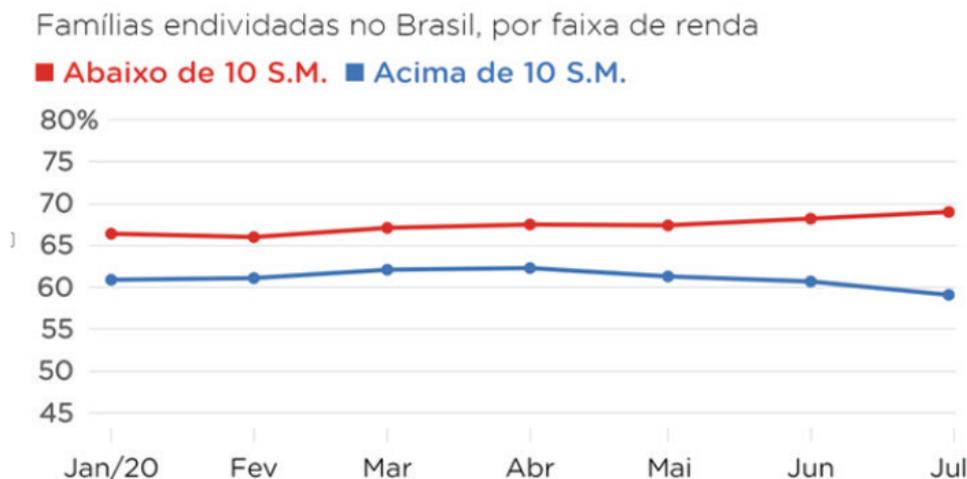
Fonte: Roubicek, 2020.

A pesquisa feita pela CNC também considerou na análise dos dados as famílias com recebimentos de até 10 (dez) salários-mínimos e as que perceberam acima desse patamar.

Na análise do mês de julho de 2020, observou-se um cenário de contraste entre as duas faixas de famílias pesquisadas. As famílias que receberam acima do teto de 10 (dez) salários-mínimos e ainda em plena situação da pandemia, demonstraram uma tendência de queda no endividamento durante a pesquisa. No entanto, houve um movimento oposto na faixa das famílias que receberam até 10 (dez) salários-mínimos onde notou-se percebido um aumento do endividamento.

Gráfico 4

MOVIMENTOS OPOSTOS



Fonte: Confederação Nacional do Comércio

Fonte: Roubicek, 2020.

Isso é corroborado com a indicação de que as famílias com renda abaixo de 10 (dez) salários-mínimos têm o cartão de crédito como principal fonte de endividamento que corresponde a 78,5% (setenta e oito vírgula cinco por cento) do total. Esse elevado grau de endividamento gera impactos negativos na economia da sociedade, com repercussões negativas na dignidade dessas pessoas.

3. A PANDEMIA PELA COVID - 19

O ser humano está diante de uma realidade diferenciada dos séculos passados. A globalização é um fenômeno que mudou o comportamento, quer seja da sociedade, quer seja da economia. Distâncias foram encurtadas e a tecnologia, bem como o desenvolvimento, aproximaram as pessoas de países diferentes.

Esse encurtamento das distâncias é fonte de benefícios, mas é também uma realidade que traz preocupação, pois as doenças de disseminação rápida como as doenças de origens virais caso da MERS (*Middle East Respiratory Syndrome* – Síndrome respiratória do Oriente Médio e Síndrome Respiratória Aguda Grave) e da SARS traz uma situação de difícil controle nesse cenário globalizado (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE, 2020).

Em 2019, surgiu uma dessas doenças virais na China, cuja característica era a facilidade de contágio, resistência do vírus no ambiente e tempo de incubação elevado (SANARMED, 2020). No início do ano de 2020, já havia relatos de incidência da COVID-19 em praticamente todos os países. Isto fez com que a Organização Mundial de Saúde decretasse, em 30 de janeiro de 2020, a COVID-19 como estado de emergência de preocupação internacional e, em seguida, no dia 11 de março de 2020 passou a designá-la como pandemia (FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, 2020).

O conceito de pandemia é utilizado quando uma epidemia, que é uma doença que tem a sua disseminação restrita a um espaço limitado, acaba se espalhando por vários continentes atingindo grandes proporções e seu contágio é sustentado de pessoa a pessoa (FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, 2020).

O Termo Corona Vírus (CoV) é o nome que se dá a uma família viral que possui uma estrutura em formato de coroa. Este grupo de vírus são zoonóticos, pois sua transmissão ocorre de animais para pessoas. Tais vírus podem causar doenças respiratórias leves e moderadas, com sintomas muito parecidos com a gripe comum (SANAMED, 2020).

Algumas cepas de Corona Vírus podem provocar síndromes respiratórias graves que são comumente chamadas de SARS (*severe acute respiratory syndrome*). Com relatos em seres humanos feitos na China em 2002 (SANAMED, 2020). Segundo o Ministério da Saúde (2020) a COVID-19 é uma doença causada pelo Corona Vírus, denominada SARS-CoV-2, cujo expecto clínico varia de infecções assintomáticas a quadro graves.

O Poder Legislativo, por meio do Decreto Legislativo de 20 de março de 2020, reconheceu o estado de calamidade pública requerido pelo Poder Executivo e em 6 de fevereiro foi aprovado o Projeto de Lei nº 3.160, de 2020, prevendo a alteração da Lei nº 13.979, estabe-

lecendo as regras para tratativa deste enfrentamento, incluindo medidas como isolamento e quarentena (BRASIL, 2020).

4. O CENÁRIO TRAZIDO PELA COVID 19 E O PROJETO DE LEI 1.166 DE 2020

O mundo está vivendo um momento de exceção desde a pandemia da COVID-19. Conforme já analisado anteriormente, o nível de endividamento das famílias brasileiras já vinha aumentando e o consumidor se via a mercê de buscar o crédito rápido para honrar suas obrigações. Esse tipo de crédito apresenta uma faceta positiva, que é o crédito ou financiamento feito automaticamente e outra negativa que são os juros elevados.

O Poder Executivo em todas as esferas de governo tomou medidas de enfrentamento dessa calamidade para que ela impactasse o mínimo possível na condição de saúde e de vida dos brasileiros. No aspecto econômico, as consequências da pandemia também foram significativas.

Há expectativa que durante a crise e posteriormente a ela a maioria dos consumidores não tenham condições de pagar a totalidade do cartão de crédito buscando no crédito rotativo e no cheque especial uma opção para honrar suas obrigações (APROVADO..., 2020).

O ordenamento jurídico brasileiro estava contextualizado em um outro cenário antes da crise da pandemia. Isso fez com que o Poder Legislativo se sentisse pressionado na busca de atualizar a legislação do país para este momento. Atualmente, existem projetos de lei tramitando tanto no Senado, quanto na Câmara dos Deputados, dentre eles pode-se citar o Projeto de Lei 1.166/2020, que versa sobre uma variável de grande impacto no endividamento das pessoas.

Trata-se de Projeto de Lei de autoria do Senador Álvaro Dias, que propõe em sua redação original teto de juros de 20% (vinte por cento) ao ano para todas as modalidades de crédito ofertadas por meio de cartões de crédito e cheque especial entre os meses de março de 2020 a julho de 2021, cuja fiscalização caberá ao Banco Central e o descumprimento do teto, configurará crime de usura. (BRASIL, 2020).

O senador esclareceu que a sua proposta se baseia no fato de que durante a crise a perda de renda motivada, quer seja pela mudança na legislação trabalhista ou pelo desemprego, fará com que parte significativa da população busque no cartão de crédito ou no cheque especial um complemento para financiar gastos essenciais.

O autor destacou que uma taxa de 20% (vinte por cento) ao ano é satisfatória e suficiente para remunerar as instituições de crédito nesse período de crise. Para não se correr o risco de a instituição reduzir o limite de crédito, excepcionalmente durante este período, não será permitida a redução do limite nas modalidades de cheque especial e do cartão de crédito.

O texto aprovado em agosto de 2020, no Senado, trouxe o limite de 30% (trinta por cento) ao ano (no caso das *fintechs*⁵, o limite foi de 35%), proibindo a cobrança de multas e juros devido à mora na liquidação da prestação de produtos e serviços e nas operações de crédito bancário, até mesmo no cartão de crédito. Previu-se, também, que a proibição da cobrança de juros retroagirá a 20 de março de 2020.

Conforme o artigo 2º do substitutivo, o objetivo do Projeto de Lei é prevenir o superendividamento. Dessa forma, não valerá para quem assumir dívidas utilizando fraude ou má-fé. Ocorre que há certa demora em sua tramitação na Câmara dos Deputados associada à sinalização do atual presidente da casa, deputado Rodrigo Maia, de que não deverá votar a proposta, por considerá-la uma interferência do Legislativo no mercado financeiro (CHRISTIAN, 2020).

De acordo com João Pedro Porto, o intervencionismo é a interferência do governo no mercado, seja nos preços, nas taxas de juros e nos lucros (PORTO, 2019). Isso ocorreu em período histórico da ditadura militar, em que se limitou a taxa de juros para todas as áreas da economia, ocasionando efeitos desastrosos, como a diminuição da concessão de crédito e aumento de outros produtos financeiros (ZANONI; IGNÁCIO; BARROS; LIMA; SOUTO; SILVA, 2018).

O Projeto de Lei contraria o entendimento de diretores e do presidente do Banco Central, de que o ideal, neste momento, seria manter os contratos bancários da forma como estão, evitando a limitação de regras já existentes e quebras contratuais (GARCIA, 2020).

A FEBRABAM (Federação Brasileira de Bancos) apoiou a necessidade de reduzir o custo do crédito, mas no seu entendimento, o tabelamento, ao invés de promover alívio financeiro, poderá agravar a crise, distorcendo a formação de preços, criando gargalos e gerando insegurança jurídica.

Caso haja a aprovação do projeto de lei, mesmo que de forma tardia, isso poderá implicar novas questões, como a judicialização de contratos e a queda na oferta do crédito, com a dupla vitimização das camadas economicamente mais vulneráveis no país.

5. A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

Os juros constituem a remuneração sobre o capital cedido, que é calculado em função do valor total do empréstimo, do tempo da cedência e de uma taxa. É a renda que o proprietário do capital obtém sobre o valor que emprestou (VASCONCELOS, 2019).

As taxas cobradas pelo cedente podem ser fixas ou variáveis sendo que no primeiro caso refere-se a um valor não alterado, e no segundo caso são uma combinação de indixante com uma margem ou spread (VASCONCELOS, 2019).

A imposição de limites às taxas de juros não depende especificamente da legislação interna dos países. Em relação às taxas máximas, elas podem ser rígidas ou variáveis. Nas

5 A palavra *fintech* é uma abreviação para *financial technology* (tecnologia financeira, em português). Ela refere-se a *startups* ou empresas que desenvolvem produtos financeiros totalmente digitais, nas quais o uso da tecnologia é o principal diferencial em relação às empresas tradicionais do setor.

taxas máximas rígidas determina-se um percentual, e no caso das variáveis utiliza-se um índice de referência que está passível de variação.

A fixação de uma taxa limite para os juros no crédito para consumidores é feita em aproximadamente 76 (setenta e seis) países, conforme consta em estudo do Banco Mundial e citado pelo Banco Central (LIMITE, 2019). Desses 76 (setenta e seis) países, 24 (vinte e quatro) adotam uma plataforma de teto único que é aplicada em todas as taxas de juros praticada em seus mercados. O restante, 32 (trinta e dois) países, trabalham com tetos relativos, onde existem variados índices por tipos de créditos, valores emprestados, ou prazo de vencimento (LIMITE, 2019).

Na maioria dos países introduziu-se o limite de juros via legislação, onde em 28 (vinte e oito) estabelecem as chamadas "Lei de Usura", e em 24 (vinte e quatro) existem leis específicas de taxas de juros. Somente em nove países esses limites foram introduzidos no sistema financeiro por atos normativos do Poder Executivo como o caso do cheque especial criado por uma resolução do Conselho Monetário Nacional (LIMITE, 2019).

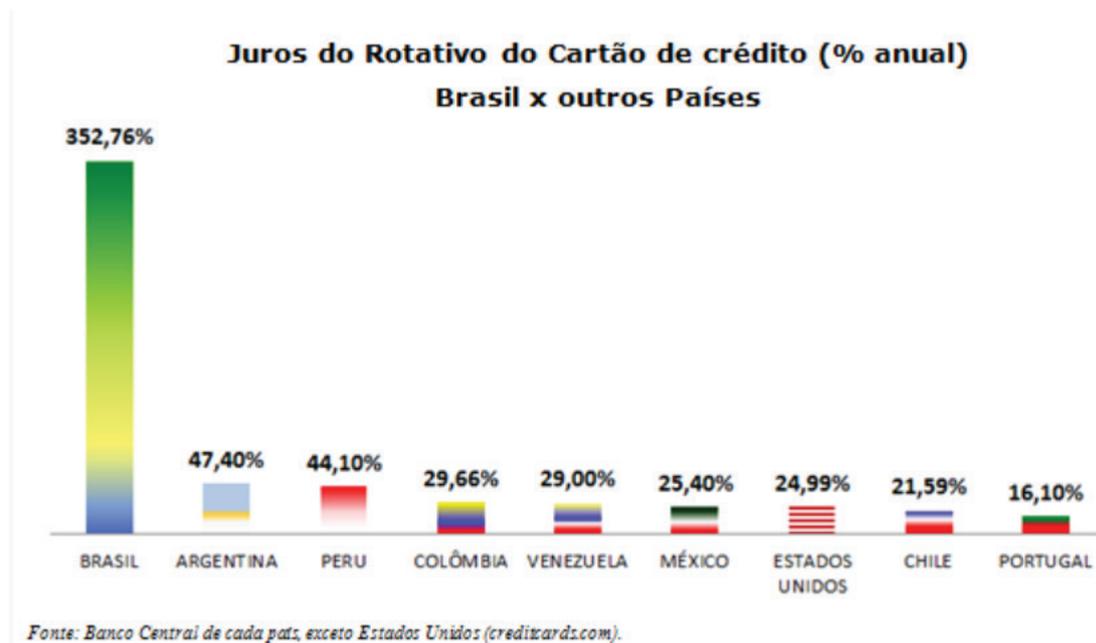
Através de um comparativo entre a taxa de juros do cheque especial entre o Brasil e outros países podemos visualizar a discrepância do custo entre eles, inclusive se comparados com a nova medida adotada pelo Conselho monetário Nacional em 27 do novembro de 2019 que limitou a 8% (oito por cento) ao mês a taxa do cheque especial (GOMES, 2020).

No caso do Brasil a taxa de juros anual no cheque especial chegava até 2019 em até 305% (trezentos e cinco por cento), sendo que a partir de janeiro de 2020 ficou limitado até 151% (cento e cinquenta e um por cento). No Canadá esta taxa é de 19% (dezenove por cento) a 22% (vinte e dois por cento). Portugal 15,7% (quinze vírgula sete por cento). França 13,81% (treze vírgula oitenta e um por cento). Espanha 7,5% (sete vírgula cinco por cento). O que demonstra que o custo das obrigações para os consumidores brasileiros é cerca de 10 vezes o custo que os Portugueses têm que arcar no mesmo tipo de crédito ou quando comparado com os Espanhóis, 20 (vinte) vezes (GOMES, 2020).

Na modalidade mais utilizada de crédito pela família brasileira que é o cartão de crédito, o consumidor paga taxa de juros muito altas. Caso exista necessidade de se financiar as obrigações do cartão de crédito através de uma modalidade chamada rotativo, estes juros podiam chegar até mais de 350% (trezentos e cinquenta por cento) em 2019 (O BRASILEIRO..., 2017).

Os juros do rotativo são pagos quando o consumidor faz opção de não pagamento do total da fatura do cartão, dessa forma ele adquire automaticamente um crédito com a instituição financeira.

Gráfico 5



Fonte: Roubicek, 2020.

Quando comparada a taxa média aplicada no crédito rotativo no Brasil com outros países consegue-se visualizar a grande diferença entre elas. No caso de Portugal que é uma das maiores taxas na Europa, tem juros de no máximo 16,1% (dezesesseis vírgula um por cento). Nos Estados Unidos a taxa dos consumidores que optam pelo crédito rotativo chega a no máximo a 24,99% (vinte e quatro vírgula noventa e nove por cento).

6 CONCLUSÃO

O presente artigo analisou o Projeto de Lei nº 1.166, de autoria do Senador Álvaro Dias, já aprovado em primeiro turno pelo Senado Federal (BRASIL, 2020). Por meio dele, pôde-se analisar a gravidade dos efeitos do endividamento na vida das pessoas, especialmente durante a pandemia.

A COVID-19 surgiu em um cenário de endividamento elevado, quando o governo adotou medidas de enfrentamento frente ao estado de calamidade pública que se instalou. O crédito passou a ser usado para demandas básicas, como aluguel, luz, água e alimentação, necessidades essenciais do cotidiano das pessoas.

Apesar de o projeto prever mecanismos que, aparentemente, pareçam adequados para mitigação do quadro de superendividamento brasileiro, a demora na sua tramitação poderá implicar novas questões, como a judicialização de contratos, a queda na oferta de crédito, com a dupla vitimização das camadas economicamente mais vulneráveis, gerando insegurança jurídica.

Além do mais, a interferência estatal, como sugerida no projeto, poderá abrir precedentes para maior intervenção do Estado na economia, como aconteceu no período da ditadura militar, com resultados catastróficos.

Faz-se necessária, a implementação de cultura de educação financeira no país, aliada a estímulos positivos, ou seja, mediante estímulos conscientes, invisíveis e com o mínimo de custo político e econômico. Com isso, pode-se obter grandes conquistas em relação às finanças e, em especial, mitigando o superendividamento das pessoas.

REFERÊNCIAS

APROVADO projeto de Alvaro Dias que estabelece teto para juros de cheque especial e cartão. *Alvaro Dias*, Brasília, DF, 6 ago. 2020. Disponível em: <https://alvarodias.com.br/2020/08/06/aprovado-projeto-de-alvaro-dias-que-estabelece-teto-para-juros-de-cheque-especial-e-cartao/>. Acesso em: 7 out. 2020.

ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria. O que é? *Economia Comportamental*, [S. l.], [2020]. Disponível em: <http://www.economicomportamental.org/o-que-e/>. Acesso em: 20 nov. 20.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 out. 2020.

BRASIL. *Decreto-lei nº 10.393, de 9 de junho de 2020*. Institui a nova Estratégia Nacional de Educação Financeira - ENEF e o Fórum Brasileiro de Educação Financeira - FBEF. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10393.htm. Acesso em: 7 de out. 2020.

BRASIL. Ministério da Integração Nacional (Secretaria de Defesa Civil). *Política Nacional de Defesa Civil*. Brasília, DF: Ministério da Integração Nacional, 2020. Disponível em: <http://www.gabinetemilitar.mg.gov.br/images/documentos/Defesa%20Civil/manuais/Pol%C3%ADtica-Nacional-de-Defesa-Civil.pdf>. Acesso em: 7 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Coronavírus COVID-19*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/>. Acesso em: 7 out. 2020.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 3.160, de 2020*. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, para criar o Plano Nacional de Gestão ao Combate ao Coronavírus. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/142387>. Acesso em: 7 out. 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei Complementar nº 1.166, de 28 de fevereiro de 2020*. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141297>. Acesso em: 7 de out. 2020.

CHRISTIAN, H. Senadores repercutem decisão de Maia de não votar limitação de juros do cartão. *Senado Notícias*, Brasília, DF, 21 ago. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2020/08/senadores-repercutem-decisao-de-maia-de-nao-votar-limitacao-de-juros-do-cartao>. Acesso em: 14 nov. 2020.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO. *Pesquisa de Intenção de Consumo das Famílias (ICF) – Agosto de 2020*. [S. l.]: CNC, 2020. Disponível em: <http://cnc.org.br/editorias/economia/pesquisas/pesquisa-de-intencao-de-consumo-das-familias-icf-agosto-de-2020>. Acesso em: 7 out. 2020.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO. *Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic) – junho de 2020*. [S. l.]: CNC, 2020. Disponível em: <http://cnc.org.br/editorias/economia/pesquisas/pesquisa-de-endividamento-e-inadimplencia-do-consumidor-peic-junho-0>. Acesso em: 7 out. 2020.

FANECO, Livia Carvalho da Silva. *O superenvidamento do consumidor: análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça acerca do contrato de cartão de crédito*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-01092017-080249/publico/LiviaCSFanecoOriginal.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020..

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. *Notícias e Artigos: O que é Pandemia?* Rio de Janeiro: Fiocruz, 2020. Disponível em: <https://www.bio.fiocruz.br/index.php/br/noticias/1763-o-que-e-uma-pandemia>. Acesso em: 7 out. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. Juros de 8% (cheque especial): os bancos vão lucrar com isso? *Conteúdo Jurídico*, [S. l.], 6 set. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/coluna/3008/juros-de-8-cheque-especial-os-bancos-vo-lucrar-com-isso>. Acesso em: 7 out. 2020.

JUROS tabelados elevariam pressão sobre rentabilidade de bancos. Agência CMA, [S. l.], 10 set. 2020. Disponível em: <https://www.agenciaacma.com.br/juros-tabelados-elevariam-pressao-sobre-rentabilidade-de-bancos/>. Acesso em: 20 nov. 2020.

LIMITE para juros de cheque especial existe em 76 países. *Dom Total*, [S. l.], 3 dez. 2019. Disponível em: <https://domtotal.com/noticia/1406780/2019/12/limite-para-juros-de-cheque-especial-existe-em-76-paises/>. Acesso em: 7 out. 2020.

O BRASILEIRO paga os maiores juros do mundo. [S. l.]: *Proteste*, 2017. Disponível em: <https://www.proteste.org.br/dinheiro/cartao-de-credito/noticia/brasileiro-paga-os-maiores-juros-do-mundo>. Acesso em: 7 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. *Folha informativa COVID-19 - Escritório da OPAS e da OMS no Brasil*. [S. l.]: OPAS, 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 7 out. 2020.

PORTO, João Pedro. O intervencionismo do Estado na economia. In: *ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA. Anais [...]*. Toledo: ETIC, 2019. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7996>. Acesso em: 14 nov. 2020.

RESUMOS: síndrome respiratória aguda grave (SARS). [S. l.]: Sanarmed, 2020. Disponível em: <https://www.sanarmed.com/resumos-sindrome-respiratoria-aguda-grave-sars-ligas>. Acesso em: 7 out. 2020.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 456-471, 2018.

ROUBICEK, Marcelo. A inadimplência na pandemia. E os impactos na economia. *Nexo Jornal*, [S. l.], 3 ago. 2020. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2020/08/03/A-inadimpl%C3%Aancia-na-pandemia.-E-os-impactos-para-a-economia>. Acesso em: 7 out. 2020.

TABELAR juros e elevar taxaço de bancos prejudicam a economia, diz diretor do BC. *Folha de São Paulo*, [S. l.], 22 maio 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/05/tabelar-juros-e-elevar-taxacao-de-bancos-sao-medidas-deleterias-para-economia-diz-diretor-do-bc.shtml>. Acesso em: 20 nov. 2020.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R.. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Rio de Janeiro: Schwarcz, 2019.

VASCONCELOS, Miguel Pestana. De novo os limites máximos das taxas de juro das instituições de crédito e das sociedades financeiras. *Revista de Direito Comercial*, [S. l.], 2019. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/58596f8a29687fe710cf45cd/t/5d72610d8cb59266acd27831/1567777039890/2019-17.pdf>. Acesso em: 7 out. 2020.

ZANONI, Lucas; IGNÁCIO, Frederico; BARROS, Bruno; LIMA, Diego; SOUTO, Augusto; SILVA, Júlio. *Economia e Desigualdade na Ditadura Militar: relatório final do trabalho apresentado à disciplina História do Brasil Independente*. Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2018.

Recebido/Received: 30.04.2020.

Aprovado/Approved: 25.11.2020.

O COMPLIANCE COMO FERRAMENTA DE COMBATE À CRIAÇÃO DE CARTÉIS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS E CORRUPÇÃO

COMPLIANCE AS A TOOL TO FIGHT CARTRIDGE CREATION IN PUBLIC BIDDING AND CORRUPTION

EMERSON ADEMIR BORGES DE OLIVEIRA¹

GUILHERME PRADO BOHAC DE HARO²

NAYARA IRAIDY MORAES FERRAS³

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo tecer uma análise crítica acerca da atuação de cartéis em licitações no Brasil, quando associada à corrupção e conluio de ordem político-governamental, sob o prisma do que elucidou-se a partir da Operação Policial denominada "Jaleco Branco", deflagrada no Estado da Bahia, no ano de 2007, que apurou ilícitos desta monta, praticados por empresas privadas, associadas a agentes públicos. Por intermédio do estudo de caso e revisão bibliográfica, utilizando-se o método dedutivo-indutivo, pretende-se analisar a formação dos cartéis no âmbito das licitações na seara nacional, bem como as consequências negativas de tal instituto e o panorama do país para combate às práticas anticoncorrenciais, bem como a corrupção, apontando o *Compliance* como uma ferramenta de prevenção a ser utilizada, inclusive, pela Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Cartel. Licitação. Concorrência. Corrupção. *Compliance*.

1 Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Coordenador-Adjunto e Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. Advogado e parecerista. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-7876-6530>. E-mail: emerson@unimar.br.

2 Doutorando em Direito pela Universidade de Marília. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Civil e Processo Civil e em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pelo Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Professor do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo. Advogado. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-9551-2671>. E-mail: guilherme.pbh@hotmail.com.

3 Mestranda em Direito pela Universidade de Marília. Servidora Pública do Tribunal de Justiça do Mato Grosso. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0003-0090-1442>. E-mail: nayara.ferras@tjmt.jus.br.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; HARO, Guilherme Prado Bohac de; FERRAS, Nayara Iraidy Moraes. *O compliance como ferramenta de combate à criação de cartéis em licitações públicas e corrupção*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 2, p. 321-339, Maio/Ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i2.8162>.

ABSTRACT

This article aims to make a critical analysis on the action of cartels in Brazilian public biddings when this fact is associated to corruption and political and government collusion from the point of view of what has been clarified from the Police Operation "Jaleco Branco", outbroken in the state of Bahia, in 2007, which ascertained felonies like that, committed by private companies that were associated to public agents. By means of case study and literature review, taking into account the deductive-inductive methodological approach, we intend to analyze the formation of cartels in the context of public biddings nationwide, as well as the negative consequences of such norm and Brazil's scenario for the fight against anti-competitive practices, as well as against corruption, highlighting compliance as a preventive tool that must be used, including the Public Administration.

KEYWORDS: Cartel; Public Bidding; Competitiveness; Corruption; Compliance.

INTRODUÇÃO

A defesa de um sistema de concorrência leal, tanto em prol de um sistema jurídico-republicano que se pauta sob o prisma da livre iniciativa, quanto sob o prisma do interesse público, faz-se de suma importância para o desenvolvimento socioeconômico de uma nação, sendo que, para tanto, devem ser implementadas, vez por todas, contemporâneas ferramentas e mecanismos que coíbam condutas concorrenciais que venham a colidir com a lealdade que apregoa o capitalismo como regime econômico, bem como que afrontem interesses Estatais e resultem em impactos negativos à sociedade.

Desse modo, o poder econômico, *lato sensu*, em consonância com os preceitos constitucionais pátrios, deve ser utilizado, sempre, para assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Isto posto, faz-se de suma importância destacar que, conforme divulgado no Portal da Transparência (2020), a República Federativa do Brasil, no ano de 2019, contou com um orçamento de R\$ 3,26 trilhões de reais para gerir suas atividades essenciais, sendo que parte deste recurso foi transferido aos agentes privados, por meio das licitações públicas que, regra geral, é o procedimento utilizado pela Administração Pública para realizar suas contratações e demais negócios jurídicos.

A simples análise dos dados licitatórios em âmbito nacional, faz-se como suficiente para que se extraía a conclusão de que discutir mecanismos que resultem na melhor forma de aplicar os recursos públicos, de modo a assegurar os fundamentos constitucionais, cumprindo também os objetivos republicanos, previstos no artigo 3º da Carta Maior, é de salutar importância. Tem-se então a justificativa do presente estudo.

Neste sentido, conforme restará delineado ao curso do presente artigo, um dos maiores desafios para que se construa um sistema de licitação que atinja as finalidades constitucionais e republicanas, é, basicamente, o respeito aos princípios fundamentais da ordem econômica, em especial no que diz respeito à repressão e prevenção anticoncorrenciais.

A formação dos famigerados cartéis é exemplo de conduta anticoncorrencial, por exceção, sendo esta, inclusive, uma das mais nocivas – se não a mais prejudicial – a todo o sistema econômico e capitalista que rege um Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, o presente artigo analisará o que fora evidenciado e apurado a partir da deflagração da “Operação Jaleco Branco”, que investigou, além da formação de cartel em processos de licitações, a colaboração, de forma direta ou indireta, de agentes públicos para a concretização do ilícito, mediante incontestes atos de corrupção.

Inicialmente, necessário se faz trazer os dados da Operação Jaleco Branco e as condutas praticadas pelos envolvidos, que violaram tanto preceitos constitucionais de ordem econômica, como a livre concorrência, bem como os princípios fundamentais da Administração Pública.

Na sequência, é trazido à tona o fenômeno do cartel, para que seja evidenciado, primeiramente, como infração à ordem econômica constitucional, para posterior recorte específico quanto à sua prática em processos licitatórios.

Em capítulo seguinte, será analisado como o Brasil tem atuado para combater as práticas anticoncorrenciais, como o cartel, bem como o apontamento do fenômeno da *compliance*, se aplicado à Administração Pública, como potencial mecanismo de contribuição para prevenção de prática da corrupção e, conseqüentemente, dificultar a formação de cartéis em licitações públicas, contribuindo então para a melhor aplicação orçamentária que, em última análise, advém do próprio capital da população, a partir do recolhimento tributário em geral.

O método utilizado para pesquisa utilizado foi o dedutivo-indutivo, com a presença de constante análise doutrinária, conceitual e casuística, buscando a resolução das controvérsias apresentadas por intermédio da elucidação de minúcias que envolvem o tema debatido, a fim de que se atingisse uma conclusão adequada e juridicamente plausível sobre a problemática abordada.

1. A “OPERAÇÃO JALECO BRANCO” E O FENÔMENO DOS CARTÉIS

A investigação criminal que se propõe como objeto de análise casuística fulcral para os fins a que se destina o presente trabalho, como cediço, se trata da denominada “Operação Jaleco Branco”, realizada, em sede inquisitorial, no Estado da Bahia, partindo-se de apuração inicial sobre um suspeito esquema fraudulento envolvendo servidores do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), os quais, mediante o recebimento de propinas, alteravam o sistema informatizado da Autarquia Federal, para fins de inserção, modificação ou exclusão de dados que permitiriam a emissão de Certidões Negativas de Débitos em favor de empresas privadas participantes do conluio, que utilizariam de referidos documentos para participar de licitações, ainda que possuíssem débito contraído a seu desfavor.

De acordo com a investigação, os empresários envolvidos utilizavam as Certidões fornecidas pelo INSS, quais sejam: Negativas de Débito – CND; e Positivas de Débito com Efeito de Negativas (CPD-EN), obtidas fraudulentamente, para participar de licitações nos serviços públicos daquele Estado.

As empresas beneficiadas com as certidões falsas eram devedoras de vultosas quantias à Previdência Social. Segundo consta em peça acusatória (denúncia) oferecida pelo Ministério Público Federal (MPF), em face dos envolvidos, a fraude era sutil, porém deixava rastros visíveis e indícios, uma vez que todos os acessos aos sistemas informatizados do INSS ficavam registrados na própria plataforma.

A partir do desenrolar da investigação, entretanto, os fatos e elementos trazidos à tona davam conta de que, em verdade, o conluio fraudulento era praticado por uma complexa, sofisticada e bem estruturada quadrilha, composta por uma teia de empresários, seus empregados, bem como lobistas e servidores públicos, que se dedicavam, como uma equipe, à obtenção de lucro por intermédio de fraudes em processos de licitação

Dentre outras condutas, o grupo denunciado foi acusado de fraudar os processos de licitação para influenciar a contratação e pactuação de negócios jurídicos envolvendo os serviços públicos, às empresas de sua propriedade; impedir a realização dos processos de licitação, de modo a manter os contratos emergenciais superfaturados firmados com suas empresas; e firmar novos contratos emergenciais superfaturados.

Conforme narrou a denúncia, a organização era composta por quase 100 (cem) integrantes, dentre eles, um Procurador do Estado da Bahia e o Presidente do Tribunal de Contas do Estado da Bahia, à época, revelando assim ligação entre os agentes econômicos (empresas privadas) e os agentes públicos (representantes da Administração Pública).

Algumas empresas, inclusive, possuíam data de constituição e funcionamento que remontavam a datas que traduziam mais de 20 (vinte) anos de atuação, elemento a partir do qual extraiu-se que a organização criminosa atuava de forma estável e coordenada, há tempos, com finalidade fraudulenta enraizada em seus propósitos.

Em determinado momento, conforme consta na denúncia, na Ação Penal 510, junto ao Superior Tribunal de Justiça, mencionado grupo fora definido como:

Rede de pessoas, empresas e instituições envolvidas no direcionamento dos contratos de prestação de serviço no estado da Bahia. É a estrutura em que se assenta a OC com regras próprias, padrões de comportamento pré-definidos, sistemas de distribuição dos lucros ilícitos e defesa coordenada de seus integrantes.

A quadrilha contava com cerca de 20 (vinte) empresas que atuavam na área de limpeza, conservação, vigilância e portaria, todas vinculadas aos empresários integrantes da organização criminosa. Os registros perante a Junta Comercial dos integrantes do quadro societário e administrativo das pessoas jurídicas se davam, também, em nomes divergentes dos reais administradores do esquema.

Segundo apurações em sede policial, durante o período de sua atividade, a organização criminosa teria auferido lucros extremamente voluptuosos, que, segundo relatório elaborado pela Controladoria do Estado, tão somente com base no período compreendido entre os anos de 1997 a 2000, atingiram a cifra de R\$ 1.379.252.584,65 (um bilhão, trezentos e setenta e nove milhões, duzentos e cinquenta e dois mil, quinhentos e oitenta e quatro reais e sessenta e cinco centavos).

Tendo em vista as diversas condutas criminosas realizadas pela quadrilha, que incluem, além da prática do cartel (infração à ordem econômica), atos de corrupção, o CADE não teria

competência legal para realizar a investigação, conclamando a atuação dos órgãos de controle e do Ministério Público, como ocorrido.

É o que dispõe, inclusive, o próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), ao escopo de suas orientações:

Contudo, é importante diferenciar o cartel em licitação das demais fraudes ao caráter competitivo dos certames licitatórios. Há diversos casos em que o CADE não tem competência legal para realizar a investigação, cabendo a atuação dos órgãos de controle e do Ministério Público. Por exemplo, quando várias empresas licitantes são do mesmo proprietário, ou quando há sócios administradores em comum entre as empresas licitantes, não estaríamos diante de um acordo entre empresas concorrentes, pois em ambos os casos tais empresas integrariam um mesmo grupo econômico de fato. Também há casos em que se poderia promover uma licitação competitiva, mas o administrador público ilicitamente incluiu cláusulas restritivas da concorrência no edital ou mesmo realizou uma contratação direta ilegal. Essas práticas não são, da mesma forma, de competência do CADE, e sim objeto de controle administrativo pelo Ministério Público e Tribunais de Contas. (CADE, 2018)

As práticas imputadas à quadrilha, conforme dito anteriormente, incluem a prática de cartel e atos de corrupção, tais como:

- a) inserção de cláusulas ilegais nos editais para justificar a propositura de ações judiciais, mais especificamente mandados de segurança, com a finalidade de impedir a realização das licitações, invocando a nulidade que eles próprios fizeram inserir;
- b) cooptação de eventuais concorrentes mediante o pagamento de valores ou a entrega de bens, em geral veículos, de modo a retirá-los da competição e garantir a escolha de suas empresas nos processos de licitação ou na contratação para serviços emergenciais;
- c) corrupção de servidores públicos para obtenção de informações relevantes à consecução do objetivo criminoso;
- d) falsificação e uso de documentos falsos;
- e) compra de veículos como meio de ocultar a origem ilícita dos lucros provenientes da atividade delituosa. (BRASIL, 2007, p. 6)

As licitações, na área de atuação do grupo, eram sempre precedidas de ajuste entre eles para decidir quem figuraria como concorrente e quem venceria o certame, afetando, de modo a extinguir do certame público, a livre concorrência.

O vencedor escolhido pela quadrilha, como contraprestação por ter sido contemplado com a contratação junto ao Poder Público, efetuava o pagamento em dinheiro ou a entrega de bens, geralmente veículos, aos empresários concorrentes e aos desistentes do certame.

Desta forma, todos os envolvidos acabavam sendo beneficiados com o contrato público, em maior ou menor valor, a depender do potencial de suas empresas e da participação efetiva para conclusão da fraude.

A prática de cartel nas contratações públicas foi identificada diversas vezes nos últimos anos, o que resultou em uma grande quantidade de operações policiais buscando combater

tal ilícito, entre elas: Vampiro [2004], Sentinela [2004], Sanguessuga [2006], Carta Marcada [2006], Fox [2006], Alcades [2006], Jaleco Branco [2007] e Castelo de Areia [2009].

Nesse prisma, Lira (2012, p. 24) aduz que: "O prejuízo causado, ao estado brasileiro, por essa prática pode ser estimado na ordem das centenas de milhões de reais, considerando que as compras de bens, serviços e a construção de obras públicas pelo Estado representam parcela expressiva do seu PIB".

Os números trazidos pela Escola Superior do Ministério Público da União demonstram que, no ano em que foi deflagrada a operação em análise, outras 47, relacionadas à criminalidade econômica e corrupção, também foram realizadas:

Em 2007, foram realizadas 188 operações, que resultaram em 2.876 prisões, 310 de servidores públicos e quinze de policiais federais. Desse quantitativo, 48 relacionadas à criminalidade econômica e corrupção, que resultaram em 1.094 prisões: Passe Livre, Aliança, Rio Nilo, Antídoto, Testamento, Malha Sertão, Ouro Verde, Kaspar, Lacraia, 274, Cacique, Paraíso, Navalha, Contranicot, Hiena, Bruxelas, Xeque-Mate, Zaqueu, Caipora, Rússia, Abatedouro, Reluz, Columbus, Águas Profundas, Aliança, Selo, Zebu, Catraca, Aposta, Zebra, Faxina, Persona, Ouro Branco, Metástase, X-9, Alquila, Rodin, Kaspar II, Vento Sul, Metamorfose, Carranca, Xadrez, Curto Circuito, Jaleco Branco, Casa Nova, Oitava Praga, Rapina e Al Capone. (ESMPU, 2016, p. 108)

Denota-se, portanto, a importância de aprofundar o presente estudo. Assim, nos itens seguintes, passa-se a analisar o fenômeno ilícito denominado por cartel, sua incidência nas licitações e como o país atua para combater tal prática que afronta a ordem econômica e traz grandes prejuízos, seja para o particular, seja para o Estado, seja para o interesse público, como um todo.

2. O CARTEL E A ORDEM ECONÔMICA

Antes de adentrar à análise do instituto do cartel, necessário destacar o contexto em que está inserido, em apreço aos principais princípios constitucionais que balizam a ordem econômica nacional, quais sejam, a livre iniciativa e a livre concorrência.

De início, faz-se necessário explicitar que a Ordem Econômica brasileira, aqui compreendida como um "conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral, etc.), que respeitam à regulação do comportamento do comportamento do sujeitos econômicos" (MOREIRA, 1973, p. 67-71, *apud* GRAU, 2003, p. 55/56), é regida por diversos princípios basilares, sendo que os pilares centrais, dentre eles, são os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

O primeiro deles é, inclusive, estampado pela Constituição Federal como fundamento do Estado Democrático de Direito, na esteira de seu artigo 1º, inciso IV, qual seja, "os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa", princípios repetidos, de forma específica, pelo *caput* do artigo 170 enquanto fundamentos da ordem econômica. Além, o mesmo artigo ainda indica a "livre concorrência" como um de seus princípios basilares.

Para Silva (2000, p. 767), "liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato". Esmiuçando o conceito, Almeida (2004, p. 98) entende ser, a livre iniciativa, um princípio constitucional que existe para afastar a ingerência do Estado na atividade econômica, com a finalidade de evitar monopólios e conferir ao particular a liberdade de exercício de qualquer atividade que não esteja vedada por Lei.

A livre concorrência, por sua vez, não pode ser entendida como sinônimo, ou como equivalente da livre iniciativa, mas sim como uma vertente de referido postulado normativo. É, portanto, um princípio consagrado na Constituição Federal de 1988, cuja inobservância caracteriza infração à ordem econômica, acarretando prejuízo à coletividade.

Nesse sentido, para Grau (1991, p. 228), "a livre concorrência é pela Constituição de 1988 erigida à condição de princípio. Como tal contemplada no artigo 170, IV, compõe-se, ao lado de outros, no grupo do que tem se referido como '*princípios da ordem econômica*'".

Ainda, de acordo com o raciocínio alinhavado, Almeida (2004, p. 110) entende que a livre concorrência possui, como finalidade, "buscar chances iguais para a disputa leal e igual na exploração de qualquer atividade".

Coaduna com tal entendimento:

A ordem econômica delineada pelo art. 170, IV, da Constituição Federal, além de fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem como objetivo assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, desde que respeitada uma série de princípios, dentre os quais, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a propriedade privada e a função social da propriedade. (BONFIM, 2011, p. 171)

O princípio em comento visa garantir aos agentes econômicos, que atuam no mercado, condições de igualdade, mais precisamente isonomia quanto à oportunidade de competir.

A livre concorrência, portanto, tem por escopo garantir a todos quantos pretendam atuar no mercado uma condição de ingresso, buscando conquistar fatia dos consumidores, isto é, a garantia de atuação, em condições de igualdade, entre os demais agentes econômicos. (BONFIM, 2011, p.177)

Entretanto, há de se frisar que não se trata apenas de proteção ao direito subjetivo dos agentes econômicos, mas também de consumidores e da coletividade, que acabam por se tornar, em uma definição contemporânea dos princípios fundamentais da ordem econômica, os destinatários finais tutelados pela norma, atingidos pela sua finalidade prática:

A definição do alcance do princípio da livre concorrência, portanto, passa pela identificação do bem jurídico tutelado, tendo em vista que não há mais espaço no ordenamento jurídico posto para que o princípio da livre concorrência seja entendido apenas como um direito subjetivo dos agentes econômicos, como outrora prevaleceu durante o liberalismo econômico. Como afirma BERNARD DUTOIT, "na sociedade contemporânea, a proteção das concorrências não pode mais ser dissociada daquela dedicada aos consumidores e à coletividade em geral".

É que, conforme prescreve a Lei n. 8.884/94, a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos pela lei de defesa concorrencial, sendo imperioso que se reconheça no princípio da livre concorrência um instrumento de efetivação de um bem maior, qual seja, a preservação de um mercado ajustado

que tenha o condão de fomentar o alcance dos objetivos da ordem econômica. (BONFIM, 2011, p.178)

Para Bonfim (2011, p. 179), ainda, o princípio da livre concorrência deve ser visto como instrumento de alcance de um mercado livre que traga reflexos para a sociedade e o desenvolvimento dos agentes econômicos, visto que a ordem econômica é criada com o escopo de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Desde que não haja exercício irregular do direito da livre iniciativa, poderá haver o domínio de determinado mercado pelo agente econômico, o que, evidentemente, deve decorrer de sua eficiência (art. 36, §1º, Lei 12.529/2011). Veja-se:

O ordenamento jurídico permite a vitória, por assim dizer, de um determinado agente econômico, desde que as regras do jogo sejam seguidas. Poderá haver sobreposição de um determinado agente num dado mercado relevante. A busca por maiores fatias de mercado é estimulada pelo ordenamento, desde que gere melhoria nos produtos ou serviços oferecidos e menores preços, tudo em função da concorrência entre os agentes econômicos. A vitória é rechaçada quando alcançada por meios não homologados pelo sistema como, v.g., a prática de preços predatórios e a criação de cartéis. (BONFIM, 2011, p.181)

Tem se, portanto, que o objetivo da aplicabilidade prática dos princípios da ordem econômica é, efetivamente, assegurar a existência real da concorrência, a partir de uma livre iniciativa, o que acaba por ser, em última análise, benéfico para o mercado e para sociedade como um todo. Qualquer prática que afronte tais princípios, deve ser combatida, como é o caso do cartel, que é tido como a mais gravosa de todas as infrações à ordem econômica.

A título introdutório, imperioso explicitar a definição clássica de concorrência desleal, para que, posteriormente, o estudo passe ao ponto fulcral a que se destina:

Consiste a concorrência desleal, em suma, na prática de atos de comércio e em procedimento reprovável destinado a desviar a freguesia do concorrente; eis porque o texto ressaltou ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por outros atos de concorrência desleal nele não previstos, tendentes a prejudicar a reputação, os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais ou industriais ou entre produtos e artigos postos no comércio.

Estes atos não se reputam crimes e não se sujeitam a pena; mas são delituais do ponto de vista do Direito Comercial, atos ilícitos que criam a obrigação de indenizar perdas e danos. (FERREIRA, 1960, p. 354)

Extrai-se, portanto, que, desde a definição clássica, os atos de concorrência desleal sequer seriam considerados, mas apenas a partir de sua análise específica como crimes, uma vez que tratam de prejuízos acarretados entre agentes econômicos, que não possuem o condão de causar danos à economia como um todo.

Entretanto, as infrações à ordem econômica, em razão do patamar potencialmente lesivo a todo sistema econômico-social capitalista vigente, caracterizam-se como atos de concorrência desleal qualificados, podendo ser, inclusive, tipificados como crimes.

Em consonância, vejamos:

O domínio econômico, como todo domínio, gera poder para seus detentores. Esse *poder econômico* há de ser utilizado normalmente para assegurar a

todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (CF, art. 170). Quando o *uso* desdobra em *abuso*, a própria Constituição impõe sua repressão (art. 173, §4.º) (MEIRELLES, 2014, p. 757).

A operação policial mencionada no item anterior revela um cenário de cartel, que possuía, como alvo do conluio, fraude em processos licitatórios que afetava, diretamente, o Poder Público e o Erário. O cartel, infração gravíssima à ordem econômica, possui o condão de extinguir a concorrência, ou a torna fantasiosa, a ponto de ser identificada por muitos como pseudoconcorrência, diante do acordo prévio entre os agentes econômicos envolvidos a fim de dominarem o mercado.

Nesse sentido, o preciso conceito de cartel:

Cartel – Trata-se de um acordo entre empresas que passam a adotar decisões ou políticas comuns quanto a todos ou a um determinado aspecto de suas atividades. Por se tratar de um acordo, as empresas nele envolvidas não perdem a sua autonomia ou a sua individualidade. Elas apenas se submetem aos termos do acordo no seu particular âmbito de aplicação (NUSDEO, 2015, p 222).

Os agentes econômicos, que se unem para formação do cartel, optam por cooperar entre si, seja combinando preço, restringindo as variedades de produtos ou até mesmo dividindo mercado, tendo como resultado o aumento arbitrário da lucratividade em detrimento da autorregulação da própria economia como essência de seu desenvolvimento.

Denota-se que a Lei de Defesa da Concorrência não faz distinção entre as espécies de cartel. Aliás, a Lei sequer utiliza a expressão "cartel", trazendo, dentre o rol exemplificativo de condutas lesivas à ordem econômica, o acordo entre concorrentes para fixação de preços, redução de quantidades, divisão de mercados ou fraudes em licitação pública (art. 36º, § 3º, I).

Conforme destaca Almeida (2012, p. 219), para fiel configuração dessa infração, é imprescindível o acordo entre os agentes envolvidos na atividade econômica, de maneira a caracterizar a abusividade.

Para efeitos de classificação doutrinária, pode-se dividir os cartéis em duas espécies, de acordo com o setor no qual o conluio entre os agentes econômicos é verificado, se privado ou se público.

A primeira, cartel de mercado, quando identificado na iniciativa privada, caracterizado a partir do acordo, combinação, manipulação ou ajuste, entre os concorrentes, de preços de bens ou serviços ofertados individualmente (cartel de fixação de preços, de compra ou de venda), da limitação da produção ou da comercialização de bens ou da prestação de serviços (cartel de redução de quantidades) e da divisão de mercados mediante clientes, fornecedores, regiões, períodos ou outros (cartel de divisão de mercados). Tais hipóteses estão previstas, exemplificativamente, no art. 36, § 3º, I, "a" a "c", da Lei de Defesa da Concorrência.

A segunda, cartel em licitações, prevista na alínea "d" do supracitado dispositivo e caracterizada a partir do acordo, combinação, manipulação ou ajuste de preços, condições, vantagens ou abstenção, dentro de um processo licitatório, pelos licitantes, com ou sem a participação da Administração Pública.

No âmbito internacional, convencionou-se denominar o cartel formado em licitações de *bid rigging*, que, segundo a OCDE (2009), "*occurs when businesses, that would otherwise be*

expected to compete, secretly conspire to raise prices or lower the quality of goods or services for purchasers who wish to acquire products or services through a bidding process".

Tal prática ganha maior notoriedade quando identificada na iniciativa privada, tendo como exemplo típico e corriqueiro o setor de combustíveis. Entretanto, o setor público também é alvo, como vimos no curso da análise casuística viabilizada pelo presente estudo, e o seu combate tem sido cada vez mais intenso nos últimos anos.

Destarte, sem desconsiderar o relevo que assumem os cartéis de mercado no ordenamento jurídico pátrio (contemplados nas searas penal, cível e administrativa), integra o objeto específico do presente trabalho a análise de cartéis em licitações públicas e como a sua formação pode ser mitigada pelo fenômeno do *compliance*.

Passa-se então a analisar o cartel nas licitações e suas danosas consequências.

2.1. CARTÉIS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A necessidade de contratação de obras, serviços, compras e alienações, realizadas pela Administração Pública, mediante processo de licitação que assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes, advém de uma diretriz constitucional, insculpida no inciso XXI, do artigo 37, da Lei Maior.

Segundo Pestana (2013, p. 33), a licitação é um processo administrativo, promovido pela Administração Pública, previamente a determinadas contratações, com o objetivo de identificar a proposta conveniente para ser contratada.

O autor ainda aponta possíveis motivos para a escolha do processo licitatório. Veja-se:

Os motivos que ensejaram a sua criação podem ser os mais diversos: coibir ofensas ao caro princípio da isonomia; impedir o exercício da pessoalidade e preferência, pela Administração Pública, na escolha de determinados fornecedores e prestadores de serviços; identificar a proposta que seja mais vantajosa para a Administração Pública, etc. Todos esses motivos, de alguma maneira, estão voltados para preservar e proteger a *coisa pública*, expressão que utilizamos para representar o acervo da Administração Pública integrado por ativos, direitos, bens e interesses, bem como por encargos, passivos e deveres assumidos em desfavor da Administração Pública (PESTANA, 2013, p. 1).

A diretriz constitucional em comento fora regulamentada, na seara infraconstitucional, pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que vige no intuito de estabelecer minuciosamente todas as condições, pressupostos e procedimentos a serem respeitados no âmbito de uma licitação.

Como bem lecionam Carvalho e Carvalho (2014, pp. 7-8), a legislação acima mencionada surgiu para normatizar o procedimentalismo licitatório e os requisitos de um contrato administrativo, obrigando, em seus termos, à observância dos dispositivos normativos por todos os órgãos da administração direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União, Estados e Municípios.

Ademais, os autores trazem à tona sintético e preciso conceito sobre o processo licitatório:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, previstos no artigo 3º, da Lei n.º 8666/93 (BRASIL: 2010). A previsão desses objetivos na Lei de Licitações auxilia os doutrinadores e juristas do Direito Administrativo a traçar o conceito de licitação. (CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 8).

O que se espera é que as contratações realizadas pela Administração Pública sejam as mais vantajosas de acordo com o próprio interesse público, tendo produtos e serviços pelo menor preço e de melhor qualidade. A realização de um processo licitatório fraudulento, como é o caso do cartel avaliado pelo trabalho casuisticamente, causa graves prejuízos ao Erário e, conseqüentemente, à sociedade como um todo (contribuintes e consumidores, como destinatários finais dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência).

Segundo Niebuhr (2011, p. 33), a licitação é procedimento administrativo que possui a celebração de um contrato administrativo, pela Administração Pública, como intenção, sendo que, a partir daí, terceiros interessados oferecem propostas a serem avaliadas de acordo com o interesse público.

Lira (2012) ressalta que “para alcançar tal objetivo, o instituto é regido, no Brasil, por um plexo normativo que deixa pouca liberdade ao gestor público na escolha de quem ele irá contratar”.

Como vislumbrado ao curso do presente item, o cartel em licitações ocorre quando as empresas participantes do certame entram em acordo para definir quem será o vencedor, ou unem esforços na tentativa de manipular o resultado do processo licitatório para qualquer finalidade.

Para isso, tais empresas utilizam diversas estratégias, como a definição conjunta do valor das propostas, a redução do número de empresas licitantes nos certames, a apresentação de propostas sem a intenção de vencer a licitação, dentre outras, inclusive com esquemas de rotatividade de vencedores pré-definidos para simular uma concorrência inexistente.

A consequência disso é que a Administração Pública acaba por adquirir produtos e serviços em condições extremamente desvantajosas e os recursos públicos oriundos dos tributos pagos, que deveriam ser utilizados em prol da sociedade, são transferidos às empresas integrantes do cartel, que obtêm lucros ilícitos, em decorrência da ausência de concorrência efetiva.

Nesse sentido, o “Guia de Combate a Cartéis em Licitação”, elaborado pelo CADE, aduz que:

Essa conduta altera a situação normal e esperada de efetiva concorrência do certame, imputando ao Estado condições menos favoráveis na contratação de bens e serviços, tais como preços mais elevados, produtos e serviços de qualidade inferior ou aquisição de quantidade menor do que a desejada. Em outras palavras, o cartel em licitação mina os esforços da Administração Pública em empregar de forma eficiente e eficaz seus recursos, com vistas a prover os bens e serviços necessários à população e promover o desenvolvimento do país, sendo, portanto, prejudicial a toda a sociedade. (2019, p.11)

O painel de compras do governo federal revela que no ano de 2019, foram realizados 80.632 processos de compras, totalizando o valor expressivo de R\$ 45.902.704.189,85, incluindo diversas modalidades de licitação, dispensa e inexigibilidade (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, 2020).

Considerando as informações trazidas pelo CADE (2019, p. 14), com base nos dados da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20% se comparado ao preço em um mercado competitivo, causando perdas anuais de centenas de bilhões de reais aos consumidores.

Inúmeras são as consequências trazidas por esta prática, que mina a livre concorrência. O prejuízo reflete diretamente na coletividade, titular do bem jurídico tutelado, impactando ferrenhamente o desenvolvimento econômico-social do país.

Ainda, sobre as consequências da prática de cartel em licitações:

[...] os casos recentes investigados no contexto da Operação Lava Jato e apurados também no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE, 2017) deixam evidentes os potenciais danos econômicos, os abalos à estrutura de competição e, em última instância, os prejuízos para a confiança pública, provocados pelos cartéis em licitação (LACERDA, 2019, p. 112).

É cediço que os atos de corrupção e formação de cartel nas licitações públicas constituem ilícitos distintos. Entretanto, não é raro que ocorram em conjunto, de forma complementar e sob atuação com a mesma finalidade, exatamente como apurado na Operação Jaleco Branco, casuística avaliada pelo presente estudo, sendo recomendado que o combate a tais práticas seja feito de maneira integrada.

Passa-se a analisar como o país tem atuado para combater, ou, ao menos, reduzir as práticas nocivas à ordem econômica e, conseqüentemente, ao desenvolvimento nacional.

3. O COMBATE AOS CARTÉIS NO BRASIL NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS

Diante da contemporaneidade globalizada, no que diz respeito aos ilícitos modernizados, quando analisadas as contratações públicas por intermédio de processos licitatórios, deve-se buscar mecanismos cada vez mais eficazes para mitigar os prejuízos causados à Administração Pública, frente ao cenário propício da licitação para a prática de cartel e condutas de corrupção.

A legislação brasileira prevê três esferas de punição às condutas anticompetitivas, como o cartel.

Como ilícito administrativo, compete ao CADE investigar e punir, infrações à ordem econômica, por força do artigo 4º da Lei de Defesa da Concorrência. No ano de 2019, dos 707 processos julgados pelo CADE, 74 tinham como conduta apurada a prática de cartel (CADE, 2020).

Na esfera cível também poderá ser ajuizada ação que tenha como causa de pedir a indenização por perdas e danos sofridos decorrentes das práticas que constituam infração à ordem econômica. A responsabilização civil tem respaldo tanto no Código Civil, quanto na Lei de Defesa da Concorrência.

No âmbito penal, a tipificação decorre da Lei 8.137/1990, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. O cartel, no âmbito da administração pública, também estará sujeito à Lei 8.666/1993.

Em harmonia com os demais dispositivos legais, a mais recente criação legislativa foi a Lei n.º 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, que disciplina a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública.

Neste diapasão, eis, como finalidade e instrumentos trazidos pela Lei Anticorrupção:

A Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846 de 2013) vem para preencher uma lacuna legislativa que permaneceu no direito brasileiro até sua promulgação, qual seja, determinar a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica. Embora houvesse posicionamentos doutrinários a respeito do assunto, lei não havia sido editada até então. Inspirada na legislação americana *Foreign Corrupt Practices Act* e pelo *Bribery Act*, advindo do Reino Unido, e atendendo a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, surgiu o novel diploma.

Em outros temas, a Lei Anticorrupção traz o instituto do *compliance*, que pode atenuar as penalidades no âmbito da própria lei, o acordo de leniência, punições que envolvem multa, publicação extraordinária da decisão, perdimento de bens e dissolução compulsória da pessoa jurídica (CEREN; CARMO, 2018, p. 38).

Ainda:

O âmago da lei é justamente a responsabilidade objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas caso pratiquem atos inadequados (que contrariem a sistemática da administração pública nacional e estrangeira), ou seja, haverá penalidade administrativa e civil, independente de dolo ou culpa; sendo constatada a lesão, as sanções cabíveis poderão ser aplicadas. Interessante anotar que quando a personalidade jurídica for utilizada para a realização de práticas ilícitas, permitir-se-á sua desconsideração (art. 14 da LAC) (OLIVEIRA; CEREN, 2019, p. 188).

Tramita junto ao Congresso Nacional, o Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2016, que tem como objetivo alterar a Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a fim de, entre outras medidas, instituir o ressarcimento em dobro dos danos concorrenciais causados aos prejudicados que ingressarem em juízo, incentivando, portanto, a propositura da ação de reparação. Abaixo, transcrição da ementa do PLS:

Altera a Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, para tornar a multa à prática de cartel por empresa ou grupo econômico, proporcional ao tempo de duração da infração à ordem econômica; instituir o ressarcimento em dobro aos prejudicados que ingressarem em juízo, ressalvados os réus que assinarem acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática, além de

outros incentivos ao acordo de leniência, desde que este seja feito mediante apresentação de documentos que permitam ao CADE estimar o dano causado; determina a sustação do termo da prescrição durante a vigência do processo administrativo; e torna a decisão do Plenário do CADE apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência.

Nota-se que o atual arcabouço legal é resultado de muitos avanços ao longo do tempo. Entretanto, há que se reconhecer a necessidade de melhoria contínua, pois, em que pesem os esforços dos órgãos competentes, muitas das vezes, em razão da legislação processual, que torna moroso o processo, entre outros fatores, não se alcança a condenação dos culpados e impossibilita a lei atingir o caráter pedagógico e punitivo para qual foi criada.

Apesar do exposto, nota-se também o aumento dos esforços dos órgãos competentes para o combate ao cartel, como é o caso do CADE (2020) que, no período de 2015 a 2019, pela prática da conduta cartel, demonstra um aumento expressivo no valor das multas aplicadas, conforme se denota da análise da tabela.

Ano	Conduta 	Total de Multas Aplicadas (R\$)
2015	Cartel	R\$ 173.242.274,51
2016	Cartel	R\$ 136.263.526,19
2017	Cartel	R\$ 95.014.064,74
2018	Cartel	R\$ 621.501.253,85
2019	Cartel	R\$ 784.521.604,95
Total		R\$ 1.810.542.724,24

TABELA 1 - Multas aplicadas pelo CADE – Cartel (CADE, 2020)

Entretanto, nem sempre a atuação repressiva, mediante aplicação de multa, a criminalização de condutas e a previsão legal de reparação de danos é suficiente para que os agentes econômicos e Administradores Públicos corruptíveis se abstenham da prática dos atos ilícitos em questão.

Veja-se, não se pode negar a necessidade do controle repressivo das infrações à ordem econômica e da própria corrupção em sua essência. Entretanto, mais do que punir, é imperioso alterar um padrão de conduta, promover a mudança de cultura negativa sobre a prática de ilícitos que assola o Brasil.

A recorrente ligação dos cartéis em licitações, com casos de corrupção a partir de auxílio de Administradores Públicos, é exemplo de que não se pode pensar apenas na punição que, a depender das regras processuais, muitas vezes sequer é apta ao fim que deveria alcançar - garantir a tutela do interesse público -, bem como sequer há reparação razoável ao Erário.

É necessário, portanto, refletir sobre medidas que despertem o compromisso com a mudança de cultura, para que os preceitos constitucionais sejam cumpridos e então possamos pensar em justiça social, como prevê a Carta Magna.

Nesse desiderato, pode-se pensar no *compliance* como um hodierno mecanismo aliado ao alcance de uma sociedade ética e justa, conforme demonstrar-se-á a seguir.

3.1. OS CARTÉIS E O COMPLIANCE

Não se pode olvidar que os crimes praticados contra a Administração Pública, em especial a prática de cartel, contam, muitas vezes, com a participação de agentes públicos, como visto no início deste artigo, associando-se, portanto, à corrupção.

Meirelles (2014, p. 123) assevera que “o ato mais afrontoso aos princípios básicos da administração e causador de prejuízos à sociedade é a corrupção no exercício da função pública”. Assim, é necessário que mudança de postura tenha como objetivo não somente o setor privado, mas também a própria Administração Pública.

Neste diapasão, como cediço, a Lei 12.846/2013 foi responsável por dar um salto na política anticorrupção brasileira ao instituir o mecanismo do *compliance* (programa de integridade) e também incluí-lo como atenuante de eventual sanção na apuração da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, pois, de certa forma, estimula a empresa a aderir ao programa, iniciando assim a mudança almejada, rumo a um padrão de conduta mais ético e ilibado.

A terminologia, de origem inglesa, na tradução literal, significa “estar de acordo com”. *Compliance* por ser entendido como estar em conformidade. “Em linhas gerais, consiste no dever das empresas de promover uma cultura que estimule, em todos os membros da organização, a ética e o exercício do objeto social em conformidade com a lei”. (ASSI, 2018).

O programa de *compliance* não significa estar em conformidade, tão somente, com a legislação, respeitar métodos e procedimentos por si só, perspectiva que se revela reducionista, “uma vez que o mero cumprimento de regramentos e códigos de conduta não corresponde a sua real proficuidade” (GERCWOLF, 2019, p. 31). Mais que isso: “Em linhas gerais, o *compliance* envolve uma, consiste no dever das empresas de promover uma cultura que estimule, em todos os membros da organização, a ética e o exercício do objeto social em conformidade com a lei”. ASSI, 2018).

Com efeito, o *compliance* pode ser entendido como um conjunto de mecanismos que fomentam a adoção de padrões culturais na organização – empresarial ou não – que o adere, os quais devem se conformar à ética, à integridade, à legislação e aos regramentos internos que norteiam as condutas esperadas de todos os colaboradores da organização, sem exceção, tanto que um de seus pilares é o chamado *tone from the top*, isto é, o envolvimento desde a mais alta Administração da empresa:

O compliance é sobre as pessoas, sejam elas decisores, gestores ou colaboradores, que devem pautar suas ações na responsabilidade corporativa, escolhendo, sempre, fazer o que é certo até que este comportamento se naturalize – seja nas condutas mais simples (relacionadas a hábitos e vestimentas), seja nas que impactam diretamente a operação. [...] (ASSI, 2018).

Neste sentido, disserta Fernanda Santos Schramm (2018, p. 207):

[...] mais do que a conformidade legal, o programa de *compliance* envolve estratégias que possibilitem uma alteração nos padrões culturais da empresa

em relação à ética e às diretrizes que norteiam o ambiente regulatório, evitando os riscos inerentes à atividade empresarial e às punições legalmente previstas, com o conseqüente prejuízo à imagem da organização.

Em suma:

Pode-se distinguir o significado de *compliance* da simples conformidade à lei, sugerindo tratar-se de um estado dinâmico de observância legal e, portanto, estado de conformidade agregado a uma orientação de comportamento. [...]

Tais orientações de comportamento passam a ter relevância na medida em que são estabelecidas contratualmente, normalmente por meio de Códigos de Ética ou de Conduta, ou fixadas por lei, como no caso do *compliance anti-lavagem*, podendo seu descumprimento gerar distintas conseqüências jurídicas no âmbito cível, administrativo e penal.

É interessante verificar que o ordenamento jurídico nacional passou a dispor, no âmbito do *criminal compliance*, de espécies com distintas formatações na prevenção de prática de infrações penais, sobressaindo o *compliance* antilavagem, o *compliance* anticorrupção e o *compliance* antitruste (CAR-DOSO NETO; CORDEIRO; PAES, 2019, p. 90-91)

O *compliance* é visto com frequência no setor privado, já que, de um lado, o contexto econômico globalizado e de avanços tecnológicos impõem transparência e segurança nas relações comerciais, em sua maioria realizadas à distância e sem personalidade (SCHRAMM, 2018, p. 196), e de outro, a Lei anticorrupção trouxe algumas atenuantes que incentivam a adoção do programa, inclusive no tocante às penalidades aplicadas.

A implementação de um programa de *compliance* pelas empresas que atuam no setor privado, mas que também se relacionam com o Poder Público em processos licitatórios, se revela como importante mecanismo para evitar fraudes em licitações, sob diversos aspectos.

Pode-se inferir, isso, das próprias noções anteriormente traçadas acerca do *compliance*, no sentido de que a formação de um ambiente cultural íntegro e ético nas empresas acarreta, por conseqüência, em menor propensão à prática de corrupção e de fraude em licitação.

Fernanda Santos Charamm (2018, p. 102-114) destaca que as empresas que adotam um sistema de *compliance* efetivo contribuem a evitar fraudes no processo licitatório, desde a etapa preparatória, por meio de mecanismos que mapeiam e sinalizam "previamente as situações de risco, alertando funcionários e colaboradores para as possíveis conseqüências, individuais e coletivas, da prática de irregularidades", durante a fase externa da contratação, cabendo ao programa de *compliance* "evitar que os funcionários e representantes das empresas se utilizem de subterfúgios e manobras ilegais [...] para saírem-se vencedores a 'qualquer custo'", até o curso da execução do contrato, evitando-se "o envolvimento da empresa em situações de legalidade controvertida".

Todavia, sua aplicabilidade não está restrita às empresas privadas. Deve, também, ser utilizado pela Administração Pública. Tanto é que, por meio do Decreto n.º 9.203/2017, houve a determinação de instituição do programa de integridade no âmbito da Administração Pública Federal.

Após inúmeros escândalos envolvendo agentes públicos, é uma atitude acertada instituir o programa de integridade também na iniciativa pública, de modo a torná-la ética e ilibada, ou ao menos buscar atingir este objetivo. Nesse sentido:

O Compliance Público aponta para a uma efetivação inovadora ao Brasil como um mecanismo de integridade, calçado em um diagnóstico apurado, com avaliação dos riscos, monitoramentos, auditorias e denúncias que emanem a promoção de uma gestão íntegra e lícita na esperança que possa vir a ser a atitude mais acertada e rápida a retomada política do país, visto o Compliance Público ser um programa de integridade pública (SOUZA; MACIEL-LIMA; LUPI, 2019, p. 17).

Tal como ocorre no âmbito das organizações empresariais, o *compliance* se revela como importante ferramenta para mudança de padrões culturais da Administração Pública, direta ou indireta, fomentando a integridade daqueles que se encontram no exercício da Administração Pública, para que suas respectivas condutas se manifestem em conformidade à ética e, especialmente, aos ditames constitucionais.

Na medida em que a adoção do *compliance* público estimula a cultura de integridade, este se revela como um importante instrumento para a concretização dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, esculpidos no art. 37 da Carta Magna, sendo um importante mecanismo no combate à corrupção.

Para além disso, Susana Gercwolf (2019, p. 49-50) ressalta que a aplicação do *compliance* no setor público é capaz de “otimizar a gestão pública, em termos de melhoria e rapidez na qualidade e prestação dos serviços e de racionalização econômica e financeira”.

O *compliance* pode não ser o instrumento derradeiro no combate à corrupção, mas certamente é um meio viável na consecução de mudanças culturais e um padrão ético mais digno, seja na seara privada, seja na pública.

4. CONCLUSÃO

Analisando todos os fatores expostos, cumpre salientar a importância do estudo dos fenômenos ilícitos do cartel, tendo como aliadas as práticas corruptivas de auxílio de Administradores Públicos, sendo que, a partir de recorte casuístico realizado sobre a “Operação Jaleco Branco”, pôde ser demonstrada a relevância e complexidade de atuação de organizações criminosas desta finalidade, bem como a potencialidade lesiva de suas condutas à ordem econômica.

Restou, assim, delineado que as compras e licitações públicas geram um grande impacto econômico e possuem alta relevância no orçamento e gastos públicos; por essa razão, a alocação dos recursos deve ser cada vez mais assertiva e eficiente.

Traçadas as devidas análises conceituais e casuísticas, restou explicitado que as práticas de cartéis em licitações públicas estão, geralmente, ligadas a atos corruptivos institucionalizados, o que ajuda a manter longevidade do esquema e dificulta a detecção das fraudes, à exemplo da Operação Jaleco Branco.

Diante da potencialidade lesiva das condutas de cartel, aliadas à corrupção, que acabam por ferir, inclusive, preceitos de ordem constitucional, basilares do sistema capitalista e republicano brasileiro, o aprimoramento legislativo e a criação de instrumentos cada vez mais eficazes, tanto para fins de repressão, como de prevenção, mostrou-se de suma importância

para eliminar ou, ao menos, mitigar as vulnerabilidades da Administração Pública, tutelando, assim, o interesse da sociedade em geral.

Surge, assim, o *compliance* como mecanismo benéfico de implementação tanto na iniciativa privada, quanto

Surge, assim, o *compliance* como mecanismo benéfico de implementação tanto na iniciativa privada, para fins de alteração de uma cultura escusa e corruptiva da população brasileira, quanto para utilização frente aos próprios órgãos da Administração Pública, para que a atuação em prol de um padrão de conduta ético e ilibado seja cada vez mais fomentada, e as medidas de repressão sejam menos necessárias, a fim de que os processos licitatórios atinjam sua finalidade constitucional, sob o prisma da equidade, isonomia e justiça social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luiz Carlos Barnabé de. *Introdução ao direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. *Abuso do Direito e Concorrência Desleal*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ASSI, Marcos. *Compliance: como implementar*. São Paulo: Trevisan, 2018.

BONFIM, Diego. *Tributação & Livre Concorrência*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal 510 - BA (2007/0297050-1). *Relatório*. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30480525&num_registro=200702970501&data=20140317&tipo=1&formato=PDF. Acesso em 08 jan. 2020.

CADE - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. *Guia de Combate a cartéis em licitação*. Brasília: 2019. Disponível em http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf. Acesso em: 08 jan. 2020.

CADE - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. *CADE em Números*. Brasília: 2020. Disponível em: <http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>

Acesso em: 08 jan. 2020.

CADE - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. *Perguntas sobre infrações à ordem econômica*. Brasília: 2018. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica> Acesso em 20 jan. 2020

CARDOSO NETO, Lauro Pinto; CORDEIRO, Nefi; PAES, José Eduardo Sabo. *Criminal Compliance antilavagem: prevenção penal por agentes privados e o direito ao silêncio*. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 64, n. 2, p. 89-110, mai./ago. 2019.

CARVALHO, Luciani Coimbra de; CARVALHO, Leonardo Chaves de. *Contratações Emergenciais: Análise da Visão do Tribunal de Contas da União*. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 59, n.1, p. 7-34, 2014.

CEREN, João Pedro; CARMO, Valter Moura do. *Lei anticorrupção brasileira e chilena: desafios no combate à corrupção*. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 63, n. 3, p. 37-60, set./dez. 2018.

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal: Tomo I*. Arthur Trindade Maranhão Costa, Bruno Amaral Machado, Cristina Zackseski (organizadores). Brasília: ESMPU, 2016.

Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/series/serie-pesquisas/a-investigacao-e-a-persecucao-penal-da-corrupcao-e-dos-delitos-economicos-uma-pesquisa-empirica-no-sistema-de-justica-federal-tom-o-1>. Acesso em: 08/01/2020

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1960. v.1.

GERCWOLF, Susana. *Compliance na Administração Pública Federal: instrumento de governança, gestão de riscos e sustentabilidade*. Dissertação (Mestrado Político e Econômico) Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LACERDA, Natalia de Melo. A emergência dos programas públicos de integridade como instrumento de prevenção de cartéis em licitação. *Revista De Informação Legislativa RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 111-130, jan./mar. 2019.

LIRA, Bruno de Oliveira. *Cartéis em licitação: utilizando a teoria dos leilões para avaliar a legislação licitatória nacional*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10123>. Acesso em: 18 jan. 2020.

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

MINISTÉRIOS DA ECONOMIA, PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. *Painel Processos de Compras*. Brasília. Disponível em: <http://painelcompras.planejamento.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=painelcompras.qvw&lang=en-US&host=QVS%40srvbsaiasprd04&anonymous=true>. Acesso em: 20 jan. 2020.

MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. Centelha: Coimbra, 1973.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*. 3. ed. Belo Horizonte: 2001.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: Introdução ao direito econômico*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

OECD (OCDE) – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement: helping governments to obtain best value for money*. Paris: 2009. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/cartels/42851044.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; CEREN, João Pedro. Lei anticorrupção e acordo de leniência: apontamentos críticos. *Revista dos Tribunais*, v. 1010, a. 108, p. 181-207, dez. 2019.

PESTANA, Marcio. *Licitações Públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002*. São Paulo: Atlas, 2013.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA - CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Orçamento Anual*. Brasília. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/orcamento?ano=2019>.

Acesso em: 20 jan. 2020

SCHRAMM, Fernanda Santos. *O compliance como instrumento de combate à corrupção no âmbito das contratações públicas*. Dissertação (Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17. ed. São Paulo: Melhoramentos, 767.

SOUZA, Sílvia Regina; MACIEL-LIMA, Sandra; LUPI, André Lipp Pinto Basto. Aplicabilidade do *compliance* na Administração Pública em face ao momento político atual brasileiro. In: I Congresso Ibero-Americano de Direito Empresarial e Cidadania, 2018, Curitiba, *Anais...* Curitiba: UniCuritiba, v. 1, n. 24, 2018, p. 1-22.

Recebido/Received: 29.07.2020.

Aprovado/Approved: 26.09.2020.

A CONSTRUÇÃO DA MULHER CRIMINOSA NO TRIBUNAL DO JÚRI

THE CONSTRUCTION OF THE CRIMINAL WOMAN IN THE JURY COURT

VITOR DE CARVALHO TEIXEIRA¹

ASTRÉIA SOARES BATISTA²

RESUMO

Este artigo discute o Tribunal do Júri em perspectiva interdisciplinar – engloba leituras da antropologia, da sociologia e da análise do discurso – para destacar a sua dimensão de *performance*, entendida como práticas de uma encenação juridicamente legitimada, que revelam suas características de jogo, de ritual e cênicas. O objetivo desta discussão é entender o papel do Tribunal do Júri na construção penal e simbólica das mulheres praticantes de crimes dolosos contra a vida, o que se justifica por reforçar o caráter múltiplo da pesquisa jurídica, que tende muitas vezes a se fechar na sua sistemática técnica e evidenciar a construção jurídica e simbólica da mulher criminosa em sua vertente histórica e do direito penal brasileiro. O estudo de caso apresentado para análise permitiu supor que esse órgão do judiciário brasileiro se pauta por uma visão intolerante e de repulsa das mulheres criminosas, cuja punição deve se asseverar na medida em que seu crime corresponder à sua representação de *lôcus* do mal que ainda vigora na sociedade contemporânea.

Palavras-Chave: Mulher criminosa. Tribunal do Júri; Narrativa. Representação. *Performance*.

ABSTRACT

This article analyzes the Jury Court from an interdisciplinary perspective - which includes anthropology, sociology and discourse analysis readings – aiming to highlight its aspect of performance, a practice of

1 O autor tem graduação em Jornalismo, Direito e Letras. Foi pesquisador do Núcleo de Pesquisas Judaicas da UFMG. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-9211-9946>. E-mail:

2 É Professora dos cursos de graduação da FCH/Fumec e do PPGD. Doutora em Ciência Humanas – Sociologia pelo PPGSA/IFCS da Universidade Federal do Rio de Janeiro (2006), com bolsa sanduiche na Universidade de Estocolmo/Suécia; Mestre em Sociologia da Cultura (1993) e Graduada em Ciências Sociais (1981) pela Universidade Federal de Minas Gerais. Desde 1991 é professora Titular I da Universidade Fumec/MG, onde leciona nos cursos de graduação de Direito, Jornalismo e Publicidade Propaganda e as disciplinas Teoria dos Estudos Culturais e Processos Culturais Contemporâneos no Mestrado em Estudos Culturais Contemporâneos. Tem experiência na área de Sociologia e Antropologia, com ênfase em Estudos da Cultura e do Desenvolvimento, atuando principalmente nos seguintes temas: música, cinema, diversidade cultural, diásporas e deslocamentos, cooperação internacional, desenvolvimento e África de língua portuguesa. Como pesquisadora tem contado com recursos da Fapemig, Funadesp, CNPq e ProPic- Fumec. Atua como parecerista ad hoc da Funadesp, desde 2009. No DGP é líder do grupo de Pesquisa Comunicação, Cultura e Mudança Social. Na gestão da Universidade FUMEC foi Pró-reitora de Pesquisa, implantou e coordenou o Setor de Relações Internacionais, foi membro do Conselho Superior ? Consuni, presidente do Conselho Superior de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão ? Conseppe, do Comitê de Ética em Pesquisa – CEP e membro do Núcleo Avançado de Ciência Tecnologia e Inovação- NATI. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5072-1453>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9502578040829098>. E-mail:

Como citar esse artigo/How to cite this article:

TEIXEIRA, Vitor de Carvalho; BATISTA, Astréia Soares. *A construção da mulher criminosa no Tribunal do Júri*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 2, p. 340-360, Maio/Ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i2.8305>.

a legally legitimized staging, which reveals its game-like, ritual and scenic characteristics. The purpose of this discussion is to understand the role of the Jury on the criminal and symbolic construction of women who commit intentional crimes against human life. Such essay is relevant to reinforce the multiple character of legal research, so often tending to be closed in its systematic technique, and also to show the legal and symbolic construction of "the criminal woman" in its historical aspects as well as in the Brazilian criminal law. The case study analyzed here allowed us to suppose that this public agency from Brazilian judiciary is guided by an intolerant and repulsive view on criminal women, whose punishment should always be as harsh as possible since their crimes correspond to their representation of the locus of evil that still prevails in contemporary society.

Key words: Criminal woman. Jury court; Narrative. Representation. Performance.

INTRODUÇÃO

Este artigo discute o Tribunal do Júri, órgão de primeiro grau da justiça brasileira, em suas bases e na sua *performance*. Para demonstrar a perspectiva performática desta instância jurídica tomaremos como caso a ser estudado o seu papel na construção penal e simbólica das mulheres praticantes de crimes dolosos contra a vida.

O recorte proposto se justifica uma vez que aborda o objeto em questão numa perspectiva interdisciplinar, pretendendo acrescentar aos estudos jurídicos mais recorrentes sobre o Tribunal do Júri um olhar embasado nas reflexões socioantropológicas e nos princípios da análise do discurso. Além disto, o estudo de caso escolhido para este trabalho contribui para a compreensão de como vem se construindo jurídica e simbolicamente a noção de mulher criminosa, tanto na sua vertente histórica quanto no direito penal em prática na sociedade brasileira contemporânea. Tal recorte se torna mais pertinente quando percebemos o aumento de crimes praticados por mulheres na sociedade brasileira. Dados da ONG Conectas (www.conectas.org) apontam que entre 2000 e 2016 houve aumento de 455% dos crimes praticados por mulheres no Brasil, fato que nos obriga a voltarmos as atenções para a ação recorrente do Tribunal do Júri quanto à este ator social.

Neste artigo, tomou-se como referência o estudo antropológico de Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer (2012) sobre o Tribunal do Júri, corroborando a proposta da autora para que se volte para os aspectos do Tribunal que se assemelham ao jogo, ao ritual e ao teatro. O estudo de caso veio complementar a metodologia empregada na pesquisa que deu origem a este artigo, por ser um procedimento de investigação que explora as características e a essencialidade de uma situação particular. Contudo, esta abordagem possibilita uma compreensão ampla do fenômeno que nos permite fazer, ainda que de maneira controlada, generalizações sobre ele.

O artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição brasileira de 1988 (BRASIL, 1988) reconhece o Tribunal do Júri com instituição julgadora dos crimes dolosos contra a vida, ancorando-se nos princípios da plenitude de defesa, no sigilo nas votações, na soberania dos veredictos e na competência de julgamento dos casos de crime tentados ou consumados contra a vida: homicídio doloso; infanticídio; participação em suicídio e aborto. A partir destes princípios, o artigo apresentará, em primeiro lugar, a base legal do Tribunal do Júri no Brasil para, a seguir, abordar seus aspectos ritualísticos – que denominamos sua *performance* – com o

objetivo de descrever um dado sistema de persuasão que acontece como um jogo de cenas em torno de mortes, criminosos e seus julgamentos, mas também em torno de valores, suas tradições e mudanças. Partindo do pressuposto de que o Tribunal do Júri é um espaço de veredictos jurídicos, de encenações de histórias e construção de personagens, analisaremos especificamente o julgamento de mulheres criminosas buscando relatar, a partir deste contexto, como se dá a construção simbólica da "criminoso" a partir de um sistema de crenças significativas que dão sentido à vida social diante da ruptura provocada pelo crime doloso contra a vida.

Trata-se, portanto de um percurso teórico interdisciplinar e interpretativo que busca colocar em diálogo diferentes campos de análise que fazem interface com o campo jurídico.

1. MULHERES QUE MATAM

Ao discorrer sobre a cultura dirigente do medo, Delumeau (1989) elege os idólatras, os mulçumanos, os judeus, as mulheres e as feiticeiras como os agentes do diabo. Nessa seleção, a mulher se destaca como a "cúmplice preferida de satã" (DELUMEAU, 1989, p.318) sendo a principal fonte de paradoxo da vida dos homens na terra. A mulher, para o olhar masculino, oscilaria entre o fascínio e a repulsa, num jogo contraditório e instável, que ao mesmo tempo em que inspira respeito e admiração, vale como ser hostil e digno subjugação.

Esta "eterna contradição viva" (DELUMEAU, 1989, p.311) surge, principalmente, na ideia de criação e destruição que acompanha a maternidade. O autor observa que "a terra mãe é o ventre nutridor, mas também o reino dos mortos sob o solo ou na água profunda. [a mulher] é cálice de vida e de morte" (DELUMEAU, 1989, p.312). As imagens femininas da cultura clássica greco-romana e dos cristãos revelam momentos de adoração do homem pela mulher, deixando fluir o fascínio pelo misterioso, entretanto, o paradoxo mais alimenta o medo e deixa espaço para que imagens de mulheres destruidoras sejam forjadas. Delumeau (1989) observa essa situação também na cultura Hindu, como no exemplo da deusa Kali,

[a] mãe do mundo [...] a uma só vez destruidora e criadora. Bela e sedenta de sangue, ela é a deusa "perigosa" a quem é preciso sacrificar todos os anos milhares de animais. É o princípio materno cego que impulsiona o ciclo da renovação. Ela provoca a explosão da vida. Mas ao mesmo tempo espalha cegamente as pestes, a fome, as guerras, a poeira e o calor opressivo (DELUMEAU, 1989, p.312-313).

Essa concepção do feminino visto nos períodos antigo e arcaico se repete, segundo o filósofo, também no discurso legal (Cf. KRAMER; SPRENGER, 1989), na medicina e no discurso religioso. A literatura é, igualmente, um veículo forte dessa representação do feminino, que ainda tende a desconstruir um caráter maléfico dos homens diante dos seus delitos, dedicando este adjetivo às mulheres. De acordo com Nascimento (2015):

Se foi por intermédio da mulher que o mal tem seu lugar no mundo, o homem, da qual a mulher é gerada, seria, portanto, inúmeras vezes, construído como vítima dos ardis femininos. Nos casos de narrativas sobre crimes cometidos por homens, há uma certa glamorização do assassino. Na maioria das vezes, sua masculinidade é reafirmada no crime, porque a violência heroica,

transformando o delito em valor. Parece que quanto mais brutal ou feroz é o crime, mais marcada é, no relato, a masculinidade.

A mulher seria predestinada ao mal, logo, foi considerada como um “diabo doméstico”, muitas vezes sendo retratada na ficção e na chamada vida real de “infiel, vaidosa, viciosa e coquete”. Mesmo aquela que observa as mais santas leis do recato e da modéstia é perigosa, porque “acrescenta aos seus encantos naturais os recursos de sua arte diabólica”. O medo da mulher alia-se, assim, ao medo do diabo. A mulher é o seu instrumento e, a partir do século 13, a Igreja tratou de difundir esse postulado sem descanso, moldando as mentalidades, construindo a confusão entre sexualidade, pecado, Eva e Satã (NASCIMENTO, 2015, p.156-157).

Percebemos, neste comentário, que o feminino na literatura congrega aquilo que está incompleto e por isso é perigoso. Despida da consciência do universo racional e da inteligência masculina, a mulher age a serviço da sua animalidade que é anti-heroicas, artificiosa e enganadora, fazendo do mundo um lugar para a satisfação dos seus desejos fúteis e torpes. A mulher, nesta perspectiva, é marginalizada em comparação ao tipo ideal de racional masculino que aponta que o homem ao agir reconstrói ideias de honra e respeito, e mesmo quando comete um crime, realiza alguma forma da racionalidade objetiva diante dos fatos da vida.

A aproximação do campo literário do campo jurídico, visando especificamente a análise do papel social do Tribunal do Júri, amplia a compreensão tanto de como se dá a construção de uma narrativa sobre as mulheres que matam – que passa a ser compartilhada socialmente – quanto de uma dada dimensão performática do Tribunal do Júri, a qual não se pode conhecer por meio de estudos limitados às bases racionais e técnicas desta instituição jurídica.

Na sessão seguinte, este artigo aborda sinteticamente as bases do Tribunal do Júri para, a seguir, aliar a esta interface o olhar da antropologia.

2. O TRIBUNAL DO JURI E SUAS BASES

O Tribunal do Júri, encarregado da avaliação dos crimes dolosos contra a vida é uma garantia individual fundamental concretizada no Art 5º XXXVIII da Constituição brasileira de 1988:

O artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição brasileira de 1988 prevê que os crimes dolosos contra a vida sejam julgados pelo Tribunal do Júri, cujos veredictos são soberanos: Artigo 5º (...) XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (BRASIL, 1988, Art.5º).

Alicerçado na plenitude de defesa; no sigilo das votações e na soberania dos veredictos o procedimento do Tribunal reúne um corpo de peculiaridades que fortificam sua base, destacando-o das outras vias procedimentais disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro.

Sua origem é datada de 1822, quando foi pela primeira vez instituído no nosso país, em lei que tratava do julgamento de crimes de imprensa – crimes contra honra como calúnia, difamação e injúria praticados pelos veículos da imprensa. Àquela época, a formação dos quadros do Júri era de vinte e quatro cidadãos, nomeados pela figura do corregedor e dos ouvidores do crime (BISINOTTO, 2015). Esses sujeitos eram designados por critérios subjetivos como bondade, honradez, patriotismo e inteligência, requisitos que já remetem o Tribunal do Júri, desde sua origem, a um certo índice de performatividade. Pelo termo *performance*, quer se referir aqui a um tipo de atuação e representação comum ao universo teatral, que se postula ser reconhecível no modelo de ação no Tribunal do Júri, sendo uma analogia capaz de tornar mais compreensível o desempenho do referido órgão.

No cenário do Tribunal do Júri, a plenitude de defesa é um princípio que deve ser sempre assegurado e lido com o maior cuidado possível. Quando nos distanciamos desta noção constitucional, colocamos o acusado em risco e conseqüentemente a sua liberdade. Nucci (2012) diz que as defesas feitas no Tribunal devem superar o mero trabalho regular no processo. A argumentação apropriada, o cuidado com o uso das palavras, as intromissões e as correções devem ser marcadas e constantes, se houver necessidade. No processo comum, o juiz fundamenta a decisão, e assim cumpre com o dever de motivação, mas o mesmo não acontece no procedimento do Júri:

No processo criminal comum [...] o defensor não precisa atuar de maneira *perfeita*, sabendo *falar, articular*, construir os mais sólidos *argumentos*, enfim, pode cumprir o seu papel de maneira apenas *satisfatória*. A ampla defesa subsiste a tal *impacto*.

No processo em tramite no plenário do Júri, a atuação apenas regular coloca em risco, seriamente, a liberdade do réu. É fundamental que o juiz presidente controle, com perspicácia, a eficiência da defesa do acusado, se o defensor não se expressa bem, não se faz entender – nem mesmo pelo magistrado, por vezes -, deixa de fazer intervenções apropriadas, corrigindo eventual excesso da acusação, não participa da inquirição das testemunhas, quando seria preciso, em suma, atua *pro forma*, não houve, certamente, defesa *plena*, vale dizer irretocável, absoluta, cabal.

Sob outro aspecto, é preciso considerar que o magistrado, no processo comum, *fundamenta* suas decisões, expondo, portanto, as razões que o levaram a condenar o réu. Tal sistema não ocorre no Tribunal Popular (NUCCI, 2012, p.29).

Nesse procedimento, os jurados, aqueles sujeitos que compõem um corpo de juízes leigos, expressam a sua leitura do Júri simplesmente absolvendo ou condenando o réu, sem a necessidade de uma justificação fundamentada. Esses civis votam usando daquele conhecimento apresentado a eles no Tribunal, mais as suas noções de mundo, seus percursos biográficos individuais, que correspondem à intimidade de cada um, exercendo o seu papel no processo penal usando da íntima convicção. É útil nos valermos das palavras de Pontes de Miranda (1947, p.307), que diz que “na plenitude de defesa, inclui-se o fato de serem os jurados tirados de todas as classes sociais e não apenas de uma ou de algumas”. Esse trabalho dos jurados remete para os princípios constitucionais do sigilo das votações e a soberania dos veredictos.

O trabalho do jurado consiste, grosso modo, em observar o caso e optar pela condenação ou absolvição do acusado, respondendo a uma lista de critérios objetivos com conteúdo

geral já previsto pelo código de processo penal (art. 483, CPP). Esses quesitos entregues aos jurados questionam a materialidade daquele fato, a autoria daquela ação e se o júri entende que o acusado deve ser absolvido. Ainda que não seja objetivo deste artigo descrever detalhadamente tal procedimento do Júri, vale mencionar que, se o caso é de condenação, ainda são requisitados que os jurados optem por causas de diminuição de pena, por qualificadoras e causas de aumento de pena e por fim, por eventuais teses desclassificadoras do delito.

O sigilo das votações se concretiza exatamente no momento da votação. Os jurados são retirados à sala especial, acompanhados pelo órgão de acusatório, o assistente de acusação, o defensor, os funcionários do judiciário e o próprio juiz de direito, para que verifiquem o preenchimento das cédulas de votação. O art. 5º, LX, e o art. 93, XI do texto constitucional (BRASIL, 1988), quando diz do princípio da publicidade, leva em conta uma limitação da sua aplicabilidade quando se está em jogo a defesa da intimidade e o interesse social ou interesse público. Nucci (2012), entretanto, discorda de que o princípio da publicidade dos atos do judiciário estaria prejudicado nesse momento do procedimento do Júri.

É necessário destacar que o procedimento do Júri não é um julgamento secreto e não existe sigilo nos votos que ali são produzidos. O que se quer proteger, com a sala especial, é evitar desgastes desnecessários, interferências espalhafatosas de terceiros que estão em plenário ou invasões a íntima convicção que compõe o trabalho dos jurados e apenas isso (NUCCI, 2011).

A soberania dos veredictos, outra concepção norteadora do procedimento, é notada pela força dada a última palavra popular, ao seu poder de decidir e transigir sobre o caso, não podendo, se tratando dos fatos, ser contestada por nenhum tribunal togado, isso quer dizer, formado por juízes de direito. Conforme explicita Nucci, essa garantia, em hipótese alguma pode ser derrubada: "Não é possível que, sob qualquer pretexto, cortes togadas invadam o mérito do veredicto, substituindo-o. Quando – e se – houver erro judiciário, basta remeter o caso a novo julgamento pelo Tribunal Popular" (NUCCI, 2012, p.34).

Entretanto, como observa Pacelli (2013), existe o caso da ação de revisão criminal contida no artigo 621 do Código de Processo Penal, que não deve ser entendida como uma afronta ao princípio da soberania dos veredictos, já que está restrita a um número limitado de situações e corresponde a falibilidade de qualquer julgamento humano.

Já que a íntima convicção, brevemente tratada acima, está diretamente ligada à consciência do jurado e não é necessário cobrar desse sujeito um conhecimento exato do texto da lei, tão pouco o repertório de julgados precedentes produzidos pelos juízes de direito, essa possibilidade de excetos não cria uma instabilidade total ao órgão e aquilo que ele pretende. O que é apreendido pelos sentidos do jurado é o suficiente para que ele produza a sua leitura do caso e realize os seus votos, mas não é, em absoluto, o possível fim para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (NUCCI, 2011).

2.1. DO PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI

O Tribunal do Júri contemporaneamente é composto, no centro julgador e mediador, pelo Juiz-presidente e pelo Conselho de Sentença. Este último é formado por sete juízes leigos, representados pelos jurados. Essas pessoas, como já foi mencionado, são sujeitos

cotidianos, pessoas do povo, que não devem corresponder a um perfil pré-determinado. O que se exige é uma capacidade geral para o jurado, abrangendo alguns requisitos mínimos (PACELLI, 2011).

Ainda segundo Pacelli (2013) estão compreendidos entre os requisitos para atuar como jurado no procedimento do Tribunal do Júri a nacionalidade brasileira, que compreende os brasileiros natos e aqueles naturalizados; a cidadania, concretizada na plenitude no exercício dos direitos políticos prevista no artigo 436, *caput*, do código de processo penal; ser maior de dezoito anos, que representa a maturidade daquela pessoa, que já pode ser responsabilizada criminalmente; o requisito da notória idoneidade, que circunscreve uma moral média do sujeito, excluindo aqueles que têm uma conduta social reprovável, que têm antecedentes criminais, os bêbados habituais e aqueles que fazem o uso de drogas ilegais; temos ainda o requisito da alfabetização e, por fim, o gozo das suas faculdades mentais e dos seus sentidos. Esses civis são escolhidos por sorteio com procedimento definido em lei (art. 462, CPP).

Com vistas à complexidade que a presença dos jurados implica, quando pensamos numa possível imparcialidade, vemos que o Tribunal do Júri segue um procedimento bifásico com uma divisão muito bem delineada e traçada pelo texto da lei. Pacelli (2013) ressalta que as duas fases procedimentais podem ser regidas por diferentes julgadores, sem nenhum prejuízo ao procedimento.

A primeira fase que o procedimento segue, ainda segundo Pacelli (2013), é a preliminar, destinada à formação da culpa, uma espécie de juízo prévio, de admissibilidade, que quer resolver se a prática descrita corresponde ou não à competência para o julgamento do Tribunal do Júri. Nesta etapa do processo trabalha-se com as hipóteses de absolvição sumária (art. 415 do CPP); desclassificação (art. 419, CPP); impronúncia (art. 414, CPP) e a pronúncia (art. 413 CPP).

É com a decisão de pronúncia, que tem como um de seus efeitos a submissão a julgamento pelo Tribunal do Júri, que o processo deverá seguir para a segunda fase do procedimento do Tribunal, compreendida como a fase de julgamento (PACELLI, 2013). A segunda fase, portanto, se realiza com o julgamento do caso propriamente dito, no qual acusação e defesa apresentarão as testemunhas que irão depor.

A pronúncia recebida é a decisão que leva a constituição da segunda fase. Ela delimita o que será discutido num caso do tribunal. Não é nosso propósito neste artigo descrever nem analisar os procedimentos do Código de Processo Penal – CPP, mas vale mencionar que o documento se constitui em texto basilar e de referência no Tribunal que segue o procedimento do Júri (PACELLI, 2013). Ainda faz parte da segunda fase do procedimento a análise do corpo de jurados, prevendo a recusa de alguns dos seus membros, já que estão no exercício de uma atividade jurisdicional (PACELLI, 2013).

Importante ressaltar que a função de jurado é obrigatória e não poderá ser recusada de maneira imotivada, salvo casos a critério do juiz-presidente. Para a exclusão de algum jurado é possível a eliminação por recusa imotivada, tratada nos termos do artigo 468 (BRASIL, CPP). Como observa Pacelli (2011) é possível que cada uma das partes exclua, sem necessária razão motivada, até três jurados, restando necessário o mínimo de sete, quando considera a possibilidade de uma multiplicidade de réus num caso do tribunal. Com o sorteio

dos jurados, numa seleção que começa com vinte e cinco e termina com os sete sorteados, temos o início do período de incomunicabilidade entre os componentes do Júri.

A quesitação, assertivas que vão refletir o julgamento do corpo de sentença, corresponde a uma pergunta que, necessariamente, tem como respostas possíveis o sim ou não. Pacelli (2013, p.741) comenta que "com efeito, nos procedimentos do Tribunal do Júri a apresentação de um quesito corresponde à formulação de uma pergunta. E o que é pior: uma pergunta cuja resposta será necessariamente *sim* ou *não*." Essa dificuldade é pela exigência de correspondência exata das demandas da Lei nº 11.689/08 que dá a orientação restrita para a confecção das perguntas que valem como quesitos. Os quesitos devem conter, na seguinte ordem:

Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:

I – a materialidade do fato;

II – a autoria ou participação;

III – se o acusado deve ser absolvido;

IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

§ 1º A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II do caput deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado.

§ 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação:

O jurado absolve o acusado?

§ 3º Decidindo os jurados pela condenação, o julgamento prossegue, devendo ser formulados quesitos sobre:

I – causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

II – circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

§ 4º Sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito a respeito, para ser respondido após o 2º (segundo) ou 3º (terceiro) quesito, conforme o caso.

§ 5º Sustentada a tese de ocorrência do crime na sua forma tentada ou havendo divergência sobre a tipificação do delito, sendo este da competência do Tribunal do Júri, o juiz formulará quesito acerca destas questões, para ser respondido após o segundo quesito.

§ 6º Havendo mais de um crime ou mais de um acusado, os quesitos serão formulados em séries distintas.' (BRASIL, 2012, pp.452-453).

Primeiramente se questiona a materialidade do fato descrito na acusação; a autoria e participação daquele sujeito na conduta a que o caso se refere; se aquele acusado deve ser absolvido; se aquela causa de diminuição de pena, alegada pela parte ré, existe; "se existem circunstâncias qualificadoras ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou

em decisões a ela posteriores" (PACELLI, 2013, p. 744). Assim, após a quesitação, é feita a contagem de votos dos jurados.

Com a apresentação desses elementos que compõe o procedimento do Tribunal do Júri, podemos compreender o desenrolar do julgamento com os seus procedimentos pré-fixados. O artigo 473 do código de processo penal estabelece que a ordem de inquirição começa com o juiz-presidente, passando para o Ministério Público, o assistente, o querelante e por fim o defensor do acusado. Pacelli (2013) orienta que as perguntas deverão ser feitas de maneira direta para as testemunhas, só no caso de questionamentos vindos do corpo de jurados, a pergunta deverá ser intermediada pelo juiz-presidente.

No interrogatório, a inquirição deverá ser iniciada pelo Ministério Público, conforme artigo 474 da lei processual penal. Na sequência, deverá vir o assistente, o querelante e o defensor, formulando diretamente perguntas ao réu.

Quando a segunda fase do procedimento do Tribunal do Júri é finalizada, é cabível o recurso de apelação contra a sentença proferida, naquilo que o artigo 593, III do código de processo penal orienta.

Com a apresentação das bases legais e procedimentais do Tribunal do Júri, o Júri deve operar para cumprir sua função de promoção da justiça em casos de crimes dolosos contra a vida. Na próxima sessão, nos valendo de estudo teórico de áreas afim ao direito, trataremos do Tribunal do Júri como espaço de *performance*, com ênfase nos aspectos da sua atuação que contribuem para a construção social da noção do mal e da mulher criminosa.

3. O TRIBUNAL DO JURI COMO PERFORMANCE

Compreender o Tribunal do Júri como um centro, onde são encenados dramas da vida cotidiana, corresponde a um foco particular, voltado para as construções narrativas que são exercitadas nesse Tribunal. Ao se destacar o papel das narrativas, abri-se caminho para a extração da experiência que vem com essas sucessivas versões dos acontecimentos. A partir da compreensão desse corpo de escolhas, percebemos como as experiências se organizam e são ora amplificadas, ora rasuradas. Esse enfoque sugere as maneiras possíveis com as quais essa instituição opera, livrando ou condenando o réu da pena pela prática de um crime doloso contra a vida.

A antropóloga Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer (2012) pesquisou os Tribunais do Júri da cidade de São Paulo, entre os anos de 1997 e 2001, e propõe que o essa instância jurídica nos apresenta uma narrativa da nossa sociedade.

A antropologia trás uma contribuição rica para uma interpretação consistente acerca do alcance do Tribunal do Júri, no que diz respeito a sua realização na tessitura social. Tal alcance, contudo, não se resume a instrumentalizar a justiça, mas tem destacada relevância na relação que se estabelece entre esfera jurídica e social. A partir do recurso metodológico da etnografia, torna-se possível compreender, em um vai e vem interpretativo entre o direito e a antropologia, uma noção de justiça que aparece no interior do Tribunal do Júri, que pensa em "investigar narrativas do Júri sobre a sociedade" (SCHRITZMEYER, 2012, p.31).

Em sua pesquisa, Schritzmeyer (2012) questionou os blocos de valores que são explorados no Júri e como, durante as sessões, esses sentidos implicarão nas decisões dos julgadores, nesse contexto, os jurados. Os textos, verbais e escritos, técnico/científicos e informais se combinam nesse cenário e produzem leituras diversificadas. A autora quer perceber quais são os discursos que se repetem, querendo saber se ali a diferença e a desigualdade é reforçada ou não, ou se este é um cenário em que a imparcialidade baliza as convenções, no interior daquele evento/cerimônia. Schritzmeyer (2012), explora a existência de uma gramática interna ao Júri, que organiza suas práticas e dá a liga naqueles textos heterogêneos, superando as perspectivas ideais que estão descritas no corpo da lei processual penal brasileira.

Pensar o Júri, "enquanto perpetuador de desigualdades e diferenças em meio a tentativas legais e teóricas de fundar consensos" (SCHRITZMEYER, 2012, p.28) e no seu caráter lúdico, ritual e cênico, é a assunção que Schritzmeyer dá ao caráter múltiplo da instituição, que deixa, mesmo com as sistemáticas orientações e predisposições legais, fendas e rasuras, que respondem a outros cenários e imaginários, que não aqueles estritamente conexos a uma noção de exercício da justiça. O foco se dará então na discussão que se desenvolve no interior dos plenários do Júri.

3.1. O TRIBUNAL DO JÚRI COMO JOGO

A noção de jogo é desenvolvida por Schritzmeyer (2012) como instrumento analítico do que acontece no plenário do Tribunal do Júri. Dentro de um limite temporal que implica num rompimento com uma realidade exterior da sessão, que é uma finalidade em si mesma e que deixa claro que os seus participantes estão conscientes de que aquela atividade é diversa da realidade tensionada da vida cotidiana, nos colocamos diante de uma situação de jogo. O jogo é um fator cultural produtivo nas sociedades, já que articula imagens e as transforma, o que institui um vínculo entre a imaginação e a realidade. Propõe-se, então, que o Tribunal do Júri, por reunir as mesmas características descritas para o jogo, seja compreendido como tal, ou seja, pode ser situado como jogo quando simula e trabalha com as imagens de um indivíduo que mata outro (SCHRITZMEYER, 2012). A abordagem proposta oferece uma perspectiva que pode ir além de um mero exercício de poder do Estado sobre os sujeitos,

A autora interpreta o tribunal "como [instituição] capaz de transcender polarizações, permitindo a construção de múltiplas subjetividades e redefinindo experiências sociais, daí poderem ser as sessões de julgamento entendidas como rituais de caráter lúdico e agonístico" (SCHRITZMEYER, 2012, p.48). Na sua proposta de análise, o Tribunal é percebido "como jogos baseados na manipulação de imagens relativas à regulamentação do poder de um indivíduo matar o outro" (SCHRITZMEYER, 2012, p.49). Existe, portanto, um processo de legitimação dessas imagens, em que, quem imagina e se apropria das imagens de morte com mais astúcia, é aquele que compreende quais são os valores fundamentais que constituem e são veiculados pelo Tribunal e pela moral social.

Aqueles sujeitos que compõem o cenário do Júri, enquanto produtores de discurso e no uso da sua expressão e gestualidade, dizem do nosso mundo da cultura, das nossas convenções morais e socioeconômicas. Os atores do Júri têm o papel de transformar crimes que terminam em assassinatos numa metáfora dos dramas da vida cotidiana. Pensar nas narrativas que montam esse jogo institucionalizado do Tribunal do Júri, corresponde a uma leitura

do imaginário daquele corpo social que a gere. Ainda, e ao que tudo indica, o participante desse jogo representa um grupo de expectativas que já estão internalizadas pela vivência na própria sociedade. Essas imagens supostamente criadas são, na verdade, rerepresentações de regras sociais já fixadas e predispostas. (SCHRITZMEYER, 2012)

Schritzmeyer (2012) enumera um apanhado de regras gerais para o desenvolvimento de um jogo e os relaciona aos princípios de formação do Tribunal do Júri. A autora observa que os jogos podem ser voluntários ou obrigatórios. No Tribunal são desenvolvidas ações que se assemelham às regras obrigatórias de um jogo, nas quais existe um dever-fazer envolvendo os seus integrantes. Sabemos que as sessões de julgamento não podem ser adiadas nem suspensas de maneira imotivada e que, apenas em circunstâncias eventuais, o Júri pode ser remarcado, o que reforça o caráter obrigatório desse jogo e da sua difícil interrupção.

Outra característica relevante que é comum aos Tribunais e aos jogos é a capacidade de criar um intervalo na vida cotidiana. Schritzmeyer (2012) aponta para o caráter extraordinário de uma sessão de julgamento e, aproximando o contexto dos jogos ao dos rituais, pondera que ali existe uma espacialidade e uma temporalidade que suspende o contato do sujeito com a realidade da vida cotidiana, dando um tom de artificialidade a essas categorias. No cenário do tribunal passaríamos da vida real para a vida narrada. A autora destaca a importância do corpo de regras implícitas e explícitas que devem ser admitidas e exercitadas pelos componentes do Júri. Desrespeitar as regras significa uma ruptura com esse espectro extraordinário da instituição:

Esse isolamento artificial delimita não somente o lugar de jogo, mas caracteriza, comumente, quase todos os círculos rituais de consagração e de iniciação, portanto são bastante semelhantes as delimitações espaciais para fins lúdicos e para fins sagrados. Tais delimitações são muito nítidas nos plenários do Júri. Neles há locais proibidos, isolados, fechados, secretos, além de outros por onde transitam os que não fazem parte do jogo. O mundo das sessões é temporário, regado, e quem quer que o observe perceberá isso (SCHRITZMEYER, 2012, p.61).

As sessões dos tribunais podem ser compreendidas como círculo mágico, um espaço restrito, um recinto onde o jogo se desenvolve e que seus participantes passam por uma reconfiguração em que as suas características, vistas na realidade da vida cotidiana, são ali temporariamente reexaminadas e em parte abolidas, para servir as regras predeterminadas do jogo. A delimitação dos papéis no cenário do Júri é fundamental para o seu desenvolvimento. A arquitetura, as roupas e os corpos propriamente ditos, já são fontes de informação da dinâmica que se desenvolve ali. Ao tratar o Tribunal do Júri, é aconselhável ver para além do mero procedimento judicial instrumentalizado pela lei, mas sim como um ritual de caráter sacralizado que nos deixa ver os papéis que cada sujeito desempenha. Questiona-se a função de cada sujeito no plenário e a sua atividade naquele contexto. Para Schritzmeyer,

O caráter sacralizado e rigoroso dos rituais judiciários não exclui suas qualidades lúdicas, assim como o caráter competitivo e lúdico das práticas processuais não exclui posturas sérias e arrebatamento dos praticantes. Nessas duas hipóteses, se revelam faces de uma mesma moeda, o jogo submete-se a um sistema de regras restritivas que colocam seus participantes no interior de um domínio ordenado e antitético. (2012, p.73).

Há uma gramática da atuação nos plenários do Tribunal do Júri que torna possível que seus participantes decodifiquem as regras do jogo e analisem a sua desenvoltura durante

a sua *performance*. Se mesclarmos noções do direito material com a mera descrição constante em uma denúncia, notamos um jogo de escolhas que refletem e caracterizam os órgãos judiciais brasileiros.

Schritzmeyer (2012) sugere a existência de dois eixos que organizam as plenárias, um horizontal, composto pelos jurados, réu e o advogado de defesa e outro, vertical composto pelo juiz, o promotor de justiça e os seus assistentes. Toda essa divisão imaginária pode ser identificada pelos discursos, pela disposição dos corpos e pela própria arquitetura da sala onde se desenvolve o Júri. O eixo horizontal concentra uma argumentação persuasiva, em que as palavras os gestos e os mais variados sinais de linguagem tentam convencer os jurados. O outro eixo, interessado em guardar e representar os interesses sociais, congrega os sujeitos que podem transitar nessa divisão, com especial atuação do promotor, produzindo o discurso e a narrativa dos representantes e fiscais máximos da lei.

Ainda segundo Schritzmeyer (2012, p.67) "no caso dos plenários, a lei e as interpretações de peças processuais permitem a metáfora dos códigos morais sempre em jogo nas narrativas de crimes". Esses dois eixos articulam, divergindo ou acordando, uma narrativa que revê o caso reorganizando imaginários e reforçando suas hipóteses que reapresentam imagens já predeterminadas pela vida e moral social média. Entretanto, mesmo repisando essas visões preestabelecidas, o Tribunal é local de arrebatamento, tensão, competição, futilidade e êxtase.

Ao se considerar as características dos jogos presentes no Tribunal do Júri, Schritzmeyer (2012) argumenta também que ali os indivíduos são levados a crer numa perfeição temporária e limitada do mundo. Ao contrário da realidade da vida que nos constrange e se sucede sem pedir passagem, essa instituição constrói uma imagem de precisão e continuidade, gerando um cenário específico e aparentemente predeterminado. No panorama do Tribunal, as representações que constroem o mundo estão estruturadas nas narrativas e argumentos desenvolvidos pelos personagens que acusam e defendem o réu.

A autora acima citada observa que há também um comportamento comunitário que surge da sensação de pertencimento dos jogadores àquele fazer, resultado da crença de que aqueles que estão envolvidos no jogo e dominam a suas regras podem encontrar nos demais sujeitos participantes outras características comuns, formando núcleos de afinidade. Como ela sugere, desde os cumprimentos e as apresentações formais na sessão de julgamento, os papéis já estão distribuídos e reafirmados. Logo nos primeiros atos do Tribunal estão marcados e reiterados os papéis que devem ser desenvolvidos por cada personagem que compõem o Júri, o pertencimento e as afinidade são pautadas, assim, pela sistemática reafirmação da função de cada um nos plenários.

Ligada à noção de pertencimento relacionada tanto ao jogo quanto ao Tribunal do Júri, está a ideia de festa. Ana Lúcia Schritzmeyer (2012) observa que nestes eventos existe uma festa da representação, em que relações de poder são encenadas e exibidas querendo uma legitimação daquelas colocações.

A representação, ao fazer com que os súditos atribuam consensualmente o poder ao soberano, constitui a sua legitimidade. E como o poder só se legitima quando é concedido, [...] é no processo de representação festiva que se dá sua efetiva legitimação (SCHRITZMEYER, 2012, p.91).

O que estará em destaque no Júri, como argumenta Schritzmeyer (2012) é a força do Estado, o imperativo legal corporificado nos seus representantes.

Esses sujeitos ainda refletem o raciocínio de um sistema criminal como um sistema de valores, modos e crenças, que mesmo parecendo fictício no seu modelo ideal, corresponde às demandas legítimas da sociedade no seu trato com crimes dolosos contra a vida. A autora argumenta a importância deste sistema de legitimação para o funcionamento dessa instituição popular, dizendo que compreender a realidade demanda compreendermos o sistema de crenças que estão postos nesse grupo.

Por isso, mais do que saber se o réu cometeu ou não o crime de que é acusado, importa o modo como ele, por meio das versões [...], permite ao grupo articular uma reflexão circunstanciada sobre a criminalidade e os valores que tornam certos atos socialmente legítimos ou ilegítimos (SCHRITZMEYER, 2012, p.95).

Os componentes do Júri, pela natureza e dinâmica de suas funções contribuem para a construção, legitimação e circulação de um sistema de crenças ligados às noções e narrativas da criminalidade na sociedade em que atuam.

3.2. OS ASPECTOS RITUAIS

As construções narrativas sobre o ato de matar podem também ser interpretadas a partir do seu caráter ritual. No contexto do Tribunal do Júri, quem argumenta exibe o seu poder de legitimação e de persuasão a partir de um complexo sistema de representações e práticas que prevê a formação e troca de significações sistemáticas de tal modo que nos aproxima da noção de ritual.

Voltando à perspectiva antropológica do Tribunal do Júri apresentada por Schritzmeyer (2012), o ritual pode ser visto como um fenômeno que evidencia as histórias da vida social, funcionando como um espelho da visão de mundo dos indivíduos e proporcionando um momento em que a sociedade fala de si. O ritual realiza nas arenas simbólicas do Tribunal a materialidade daquele contexto social, já que aqueles que a compõe são produtores de material significativo que tem em vista, além de uma justificação e um motivo para condenar ou absolver, ponderar sobre a "significação de todo um sistema de valores que qualifica vidas, mortes, ordem e desordem" (SCHRITZMEYER, 2012, p.136). No Tribunal, onde se discute o futuro da liberdade de um sujeito, estão postas as eleições de valores preponderantes e fundamentais da vida social, com a sociedade exercendo o seu discurso sobre ela mesma.

Considerar o Júri como cerimônia, implica pensar na manipulação física e simbólica dos objetos e dos corpos que circulam por ali. A ordem hierárquica que aparece nos cumprimentos, a disposição dos corpos em cena e a indumentária dos seus participantes já sinaliza esse modelamento predeterminado, por exemplo. Em auxílio a isso está a evitação. Durante as sessões de julgamento, argumenta Schritzmeyer (2012), os sujeitos deixam determinados comportamentos de lado, para dar visibilidade àquele espaço e reproduzir a sensação de que aquela ocasião é especial e singular, frente às demais da vida cotidiana.

Cabe também comentar a própria figura do juiz-presidente que se articula no Tribunal como uma imagem próxima àquela do sacerdote, presença comum em rituais. Esse suposto

guia, que media discussões e pondera pelo bom funcionamento da sessão, está no centro dela e representando o que há de fundamental com relação ao saber técnico do poder judiciário. Apoiado na lei, que é vista quase como um elemento constitutivo e sobrenatural dos Tribunais, os juízes a invocam tratando com um elemento abstrato e universal, que logo vai ganhar materialidade ao interferir na realidade da vida de um réu ou ré. Schritzmeyer diz que,

[...] podemos considerar que, tomados como cerimônia, os julgamentos pelo Júri desempenham certas funções não somente para seus participantes, mas também para aqueles que, de alguma maneira, são atingidos por sua lógica e seus efeitos. Esses julgamentos expressam, transmitem e perpetuam elementos que compõem o sistema de valores e sentimentos considerado legalmente hegemônico, preservando-os de dúvida e oposição insolúveis, uma vez que, por mais polêmico que seja um caso, chega-se sempre a uma sentença e se intensifica a solidariedade entre as pessoas que participam da cerimônia (2012, pp. 147-148).

A cerimônia que o Tribunal do Júri apronta é dominada por ordenação e por uma sensação de respeito que o legitimam como instituição de relevância no judiciário brasileiro. A predeterminação dos seus atos e das suas formas molda o comportamento dos corpos e discursos produzidos no seu interior. O Tribunal é caracterizado por Schritzmeyer (2012) como um evento extraordinário previsto na ordem do tempo, que congrega versões de um acontecimento que diz do mundo social onde ele foi produzido. O aspecto ritual do Tribunal promove aproximações com o mundo social, deixando que ele apareça e se desenvolva na voz dos personagens do Júri. Uma dada energia que dá corpo aos rituais é a mesma que movimentam a vida cotidiana. Entretanto, os ritos se diferenciam por serem montados de maneira organizada e prevista.

Quando as figuras do defensor e acusador produzem versões dirigidas ao público e aos jurados, e quando esses últimos exercem suas escolhas via quesitação respondendo sim ou não, optando pela condenação ou a absolvição do réu ou ré, temos um ritual.

É importante salientar que, se o ritual pretende levar os seus participantes para um contato próprio com o sagrado, com o divino, o Tribunal do Júri, nas suas sessões em plenário quer levar os seus participantes a um exercício direto no jogo jurisdicional proposto pelo Estado de Direito. Avaliando a produção e construção de motivos – exercitados principalmente pelos papéis de acusação e defesa – da legitimidade ou ilegitimidade de um sujeito que é acusado de matar de terminar com a vida de outro, ele exerce a sua função de se aproximar do núcleo irradiador de poder, neste caso, realizado na imagem do Estado.

3.3. JÚRI E TEATRO

Em sua análise do Tribunal do Júri como *performance* Schritzmeyer (2012) promove a aproximação das noções de encenação, drama e jogo. Essa estreita ligação conceitual leva a autora a pensar que essas versões produzidas nos Tribunais do Júri se compõem fundamentalmente de narrativas, que tomam como base um discurso de caráter dramático-sociológico articulando sistemática e analiticamente as engrenagens que movimentam a vida social. Segundo a autora, esses textos são dramatizados porque que articulam e expõem sentimentos e emoções daqueles que os proferem nos plenários.

O estilo dramático que se desenvolve nos rituais do Júri se mostra nos seus mecanismos de verossimilhança. Distante da noção clássica do trágico, como uma sucessão em que os personagens já estão predestinados na sua história, o drama provoca a descoberta e incita a busca por aquilo que está escondido:

ao apresentar-se através de seus vários personagens, o Júri atua em uníssono, embora criando a ilusão de que o conjunto é fragmentado. Numa só sessão, ódios, paixões, esperanças e desesperanças são suscitados, dispersam-se e equilibram-se, sem grandes ameaças à instituição.

O Júri se mantém porque uma das "ilusões" teatrais que ele cria é a de que seus representantes são porta-vozes de valores universais. Ao julgarem dramas aparentemente interindividuais segundo valores aparentemente coletivos, juízes, promotores, defensores e jurados disfarçam, para si e para outros, o caráter social dos dramas e o viés elitista e hierarquizado dos valores em que o sistema se pauta para julgá-los. Nesse mecanismo reside a criação de verossimilhanças (SCHRITZMEYER, 2012, p. 176).

A ilusão teatral, nesse contexto do Tribunal é o mecanismo que possibilita a legitimação das ações pelo seu público diante do caso. Mesmo com relações e perspectivas desiguais, que reúnem várias noções de bem e mal, aceitável ou não aceitável, é constante a presença de noções predeterminadas. As demais opiniões podem, segundo Schritzmeyer (2012), cair numa espiral do silêncio.

Com o enfoque na vítima do crime doloso contra a vida, o Júri, diante das ilusões criadas, decide se ela, a vítima, merece ser socialmente preservada ou não. Decide se diante daquele caso concreto outras vidas e valores foram ilegitimamente cortados. Ao fim dessas sessões, então, teríamos a evidente realização de valores universais, com referência a uma sociedade ideal, que aparece com ponto de vista e de partida de todos aqueles sujeitos que compõem o júri, com exceção, é claro, do réu ou ré, que pagará com a sua liberdade aquela leitura de mundo.

Ao abordarmos as sessões do Júri como jogo, ritual e teatro, tentamos reunir um ponto de vista que contribua para se pensar como esta instância jurídica participa da construção do sujeito criminoso e das noções de bem e de mal nas sociedades regidas pelo Estado democrático de direito. Percebemos que, neste centro que discute a legitimidade de um sujeito matar outro, vão preponderar os elementos considerados fundamentais na vida social. Com a sociedade exercendo o seu discurso sobre ela mesma, temos acesso ao que são esses elementos fundamentais, que muitas vezes se referem a modelos tradicionais de intolerância e exclusão.

4. O TRIBUNAL DO JÚRI E A CONSTRUÇÃO SOCIAL DA REALIDADE

A análise do Tribunal do Júri a que nos propomos se volta para narrativas que tomam como base um discurso "de caráter dramático-sociológico" (SCHRITZMEYER, 2012, p. 166), que movimenta as engrenagens da vida social. Na dinâmica do Tribunal, podemos perceber que o debate sobre a legitimidade de um sujeito matar o outro realça elementos que são con-

siderados fundamentais na vida social e que devem espelhar a realidade da vida cotidiana, que nem sempre está despida de noções pré-concebidas e discriminatórias.

Berger e Luckmann (2001) postulam que a realidade não nos é dada aprioristicamente, mas é, sim, uma construção social contínua. Os autores dizem que o que chamamos de realidade é um construto social e que, na perspectiva sociológica, é necessário compreendermos que a realidade é um atributo, uma qualidade dos acontecimentos que são percebidos, independentemente da nossa vontade e das nossas escolhas. O conhecimento, por sua vez, é afirmado pelos autores como a confirmação e a certeza que temos diante das características desses acontecimentos reais, apreendidos pelos nossos sentidos. Assim, compreendemos os modos gerais com que as realidades são aceitas e validadas pelas sociedades humanas.

A legitimação da realidade da vida cotidiana é um importante tema da teoria social e, de acordo com Berger e Luckmann (2001), tem o papel de "explicar" a ordem institucional, outorgando validade cognoscitiva a seus significados objetivados, assim como de "justificar" a ordem institucional dando dignidade normativa a seus imperativos práticos (BERGE; LUCKMANN, 2001). Podemos compreender com isso que, na realidade da vida cotidiana, o conhecimento é um composto que emerge de ações tanto objetivas quanto subjetivas das instituições, guardando sempre no seu interior um elemento cognoscível e outro normativo.

Ao observarmos o Tribunal do Júri, como um órgão judicial que contribui para a construção de uma realidade compartilhada socialmente, entendemos que este órgão um papel no mundo jurídico de espelhar conhecimentos legitimados e de transferi-los para a análise que faz de fatos supostamente criminosos. No seu centro, naquela arena onde as sessões de julgamento são desenvolvidas, questões que dizem da legitimação de noções de moral e de justiça, do que é certo e do que é errado, do que é aceito como bem e o que é o mal efervescem e se deixam notar. Neste sentido, o Tribunal contribui para a construção e legitimação das dimensões jurídica e simbólica do crime e do criminoso, especificamente da mulher criminosa, fazendo isto por meio da sua dimensão teatral e mimética, em suma, da sua dimensão subjacente que é performática.

Do universo de versões que aparecem no Tribunal do Júri, podemos considerar aquilo que ensina a análise do discurso. Nesta abordagem, há pressuposto de que toda pessoa que toma a palavra para se expressar, cria uma imagem de si. Ao se expressar, o orador utiliza-se de artifícios para que sua imagem corresponda àquilo que acredita ser a imagem que atingirá o seu público de forma positiva. Existem maneiras diversas de se apresentar e essa apresentação é, geralmente, o resultado de um grupo de escolhas. De acordo com Helcira Lima, aquele que discursa "deixa transparecer uma boa imagem de si mesmo, uma imagem de honestidade e de bom senso, mesmo que isso não seja condizente com a verdade" (2009, p.580).

Podemos citar como elementos constituintes dessa tomada da palavra a escolha do tom de voz, a postura e a simpatia do orador. A forma como o interlocutor diz o que diz e, principalmente, por que diz o que diz corresponde aos efeitos que ele pretende alcançar no seu auditório (AMOSSY, 2005). Esses elementos também são essenciais ao Júri, já que se utiliza basicamente da performatividade de seus personagens para construir imagens legítimas de si.

A noção de *ethos* surgiu na Grécia com Aristóteles e em Roma com Quintiliano e Cícero. A linha grega se utiliza do pensamento aristotélico, no qual se afirma que o orador cria e mostra, no momento da enunciação, uma imagem para que consiga convencer o seu auditório. No entanto, esta imagem criada não necessita corresponder à sua identidade. O orador busca no momento do discurso fazer seu autorretrato, seja de forma explícita ou implícita, levando quem o observa a acreditar que o que ele diz corresponde a quem ele é. Sobre esta construção de uma autoimagem, Amossy afirma que:

Todo ato de tomar a palavra implica a construção de uma imagem de si. Para tanto, não é necessário que o locutor faça seu autorretrato, detalhe suas qualidades nem mesmo que fale explicitamente de si. Seu estilo, suas competências linguísticas e enciclopédicas, suas crenças implícitas são suficientes para construir uma representação de sua pessoa. [...] Que a maneira de dizer induz uma imagem que facilita, ou mesmo condiciona a boa realização do projeto, é algo que ninguém pode ignorar sem arcar com as consequências. [...] A apresentação de si não se limita a uma técnica apreendida, a um artifício: ela se efetua, frequentemente, à revelia dos parceiros, nas trocas verbais mais corriqueiras e mais pessoais (2005, p. 9).

Goffman (1975) é também uma importante referência nesta discussão, por sua contribuição acerca da construção dos sujeitos sociais. Para ele, o "eu" é um "eu" construído, quase sempre representado por um conjunto de elementos selecionados pelo próprio sujeito social. O autor diz que este "eu" produz um efeito dramático nos seus observadores e o interesse real sobre este "eu" se concentra no fato dele ser acreditado ou não pelo ator e seus observadores. Goffman se vale da linguagem teatral, ao dizer que o indivíduo se porta como um ator. Ele pondera que o ator social pode, de fato, estar verdadeiramente convencido da máscara que construiu para si, participando de um jogo de descrença e crença no seu papel social.

Para Goffman (1975) há discrepância entre a aparência e a realidade total, própria a qualquer atuação social. O ator, ele observa, não expõe pontos da sua vida pessoal em determinados ambientes, devido à qualidade dos seus observadores; oculta erros; encobre o processo e apenas o resultado é apresentado; não cita pontos mal vistos como constitutivos do processo. A relação da plateia com o ator se dá pelo modo segundo o qual os observadores apreendem as representações que lhes são projetadas. O ator se vale do que o autor chama de "segregação do auditório" para garantir "que aqueles diante dos quais desempenha um de seus papéis não serão as mesmas pessoas para as quais representará um outro papel num ambiente diferente"(GOFFMAN, 1975, p.52).

A referência a estes teóricos são fundamentais para entendermos o papel do Tribunal do Júri na construção social de uma ideia de mulher criminosa. Nesta concepção em circulação na nossa sociedade, se encerra muito mais o que trazemos de construção social, do que de fato é definido tecnicamente a partir de dados jurídicos. Isto não quer dizer que a construção jurídica não tenha validade efetiva para análise do Tribunal mas, sim, que esta não se restringe ao ambiente da justiça e dos conhecedores das questões penais. A construção simbólica perpassa por todo um mundo leigo que sabe ou ficará sabendo de uma constelação de versões sobre crimes e mulheres criminosas.

5. UM ESTUDO DE CASO

O estudo de caso que se segue tem por objetivo demonstrar um dado processo social de construção imaginária ou simbólica da mulher criminosa a partir de um caso objetivo. Vai interessar nesta análise, não o julgamento em si da criminosa, mas o discurso e a *performance* textual, com vistas ao nosso recorte, que destacou o texto da denúncia e das alegações finais oferecidas pelo Ministério Público de Minas Gerais, na primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no exercício das suas atribuições, promoveu denúncia contra a belo-horizontina (A)³, que, no dia 16 de abril do ano de 2005 teria cometido um crime doloso contra a vida. Essa mulher teria supostamente ateadado fogo na casa onde morava com seu companheiro e suas duas filhas, satisfazendo o desejo de terminar com a vida dessas três pessoas. O álcool engarrafado foi a substância combustível que teria dado início ao incêndio e servido para alimentar as chamas sobre essas pessoas, com exceção da acusada.

A filha (A1) foi a vítima fatal que não resistiu às queimaduras, morrendo no local do acontecido. A filha (A2) e o pai (V) das crianças (AV1 e AV2) terminaram por não resistir aos ferimentos resultantes do incêndio dias depois, num hospital da capital mineira. Neste curto relato, mais no relatório de alegações finais que antecede a decisão de pronúncia de (A), o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, representado na escrita de um de seus procuradores, mescla noções do direito material com a mera descrição, mas notamos de pronto na leitura desses textos, que a vinculação do crime que (A) é a acusada está ligada a instâncias malignas e imagens do mal, como a nossa perspectiva histórica caracterizou. Não é demais ressaltar que existem dúvidas se a acusada saiu ilesa ou não desse incêndio, o texto do processo afirma as duas coisas.

Estão em discussão no caso estudado, como expresso na denúncia, a incursão de (A) nos tipos penais do art. 121, §2º, I, III e IV, com relação a vítima (V), e art. 121, §2º, I, III e IV, e §4º, parte final, do mesmo artigo, combinado com art. 61, na forma do art. 70 parte final do código penal, no que diz respeito à (AV1) e (AV2).

O órgão judicial de acusação, que produziu a denúncia, parece conjugar nesse texto, retratos que deixam ver duas personalidades isoladas numa só mulher. Uma primeira que vê a mulher histérica, que corroída pelo ciúme e estimulada pelo álcool, que agride físico e moralmente o seu companheiro, sem se preocupar com o olhar curioso da vizinhança; e uma outra que enxerga uma mulher viperina, que decide terminar com a vida da sua família e simplesmente providencia a extinção dos três, por ciúmes do seu companheiro.

no texto da denúncia que “a denunciada e a vítima (V) viviam às turras, sendo constantes as discussões e brigas do casal, ocasiões em que (A), costumeiramente, chegava a agredir fisicamente seu amásio mediante unhas e safanões, também ameaçando o ofendido de morte, tudo em razão de ciúmes”(PROCESSO OBJETO DE ANÁLISE, fls. 2) e ainda que “conforme apurado, na data dos fatos, a denunciada teve mais uma acalorada discussão com (V)

3 Querendo preservar a identidade das partes do processo em análise: “(A)” representa a acusada no processo; “(V)” representa a vítima, marido da acusada; “(AV1)” e “(AV2)” representam indistintamente as duas filhas que vieram da união da acusada e da vítima.

e, serenada a mesma, decidiu mata-lo, bem como as duas filhas" (PROCESSO OBJETO DE ANÁLISE, fls. 2).

O texto que serve como alegações finais, que ainda compõe a primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri, antecedendo à decisão de pronúncia, que também é promovido pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, querendo a condenação de (A), elenca no texto uma sucessão de questões que muito interessa ao enfoque proposto neste artigo. Após uma sucinta descrição dos acontecidos, acompanhando aquilo que já foi visto na denúncia, houve os seguintes questionamentos do Ministério Público sobre a conduta de (A), para com isso, reforçar a necessidade da pronúncia:

É de se perguntar:

Que mãe deixaria as filhas entregues às chamas, preocupando-se, egoisticamente, em salvar a si própria em prejuízo da prole?

Se foi (V) o autor do incêndio, qual a explicação para que ele saísse gravemente queimado do evento e a ré, seu alvo principal, ilesa?

Por que, uma vez fora do barracão, a salvo, não retornou a acusada para o interior do imóvel para salvar a filha que ali permanecera (há notícia que (V) saiu do barracão com uma das crianças nos braços), preferindo deixar que terceiros se aventurassem no interior da casa em chamas para salvar a menina (AV1) – carbonizada? (PROCESSO OBJETO DE ANÁLISE, fls. 229).

E termina por dizer que no curso da primeira fase do procedimento,

A prova testemunhal jurisdicionalizada também traz a lume evidências de que a relação conjugal da acusada com a vítima (V) ia muito mal, sendo constantes as agressões entre ambos. Há então, prova da motivação do delito, o sentimento de mesquinha vingança, a torpeza que norteou (A) a matar o consorte, sentimento extensivo às inocentes vítimas infantis (PROCESSO OBJETO DE ANÁLISE, fls. 229).

O texto do promotor de justiça constrói um questionamento que se dirige ao comportamento transgressor de (A) diante da maternidade. Parece que aos olhos do promotor, (A) está destituída, ou abriu mão, da consciência do seu papel fixo e delimitado no mundo. Vemos uma mulher que concebeu e deixou de corresponder com a sua vocação feminina primeira e máxima, a maternidade, seguindo egoísta, sórdida e a salvo das chamas do incêndio. Deixando que a sua vida prevaleça frente à das suas crianças (AV1) e (AV2), a acusada deixa transparecer a imagem clássica do corpo frio da mulher (Cf. FERREIRA e HAMLIN, 2010).

Nessa última descrição, o caráter paradoxal do feminino, como foi exposto a partir de Delumeau (1989), prevalece. A mulher que não é uma heroína, é uma criminosa. Sendo a principal fonte de paradoxo da vida dos homens na terra, a mulher guarda, aparentemente neste pergunta, a fonte da vida e da morte. O enigma da maternidade permaneceu em muitas civilizações, ligado a natureza, enquanto a razão era característica propriamente masculina.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O percurso teórico e analítico proposto neste artigo nos permite responder à questão que nos moveu, que foi a de entender e descrever o papel do Tribunal do Júri na construção histórica de um imaginário da mulher criminosa que é compartilhado socialmente, para além das fronteiras jurídicas. Para isto, apresentamos uma discussão do Tribunal do Júri, órgão de primeiro grau da justiça brasileira, em suas bases e na sua *performance*, com o objetivo de compreender como a sua dinâmica contribui para que tenha um papel relevante na construção penal e simbólica das mulheres praticantes de crimes dolosos contra a vida.

A inquietação que levou a este estudo foi resultado do acesso ao texto do processo que usamos aqui como estudo de caso e que levou tanto às reflexões teóricas sobre o Tribunal do Júri como uma instância passível de análise antropológica, quanto às leituras sobre a representação da mulher e do feminino na história da humanidade. Ressalta-se que a base teórica deste artigo se limitou a uma perspectiva ocidental das discussões sobre a história da mulher criminosa e da concepção vinda de um texto "técnico jurídico". A aproximação entre os textos jurídicos e a literatura, como sugerido por Schritzmeyer (2012), permitiu articular o caso em pauta com um julgamento preliminar do Tribunal do Júri.

Como vimos, o caso em análise reflete uma gramática da atuação nos plenários do Tribunal do Júri. De tal modo, é possível crer que os seus participantes decodificarão as regras do jogo e analisarão os personagens do Júri durante a sua *performance*. Nas versões extraídas da denúncia e das alegações finais deste caso, podemos perceber uma mescla de noções do direito casado com a descrição. O jogo de escolhas expressas ali, entretanto, reflete e caracteriza o órgão judicial brasileiro. Os textos técnico/jurídicos deixaram ver que, diante do comportamento transgressor que nega a função social, moral e cristã da maternidade, a mulher deve ter sua culpa aumentada.

Vale reiterar que os documentos que compõem os autos de um processo podem ser demandados a qualquer momento pelo corpo de sujeitos que monta o conselho de sentença com exclusão da decisão de pronúncia, que não pode ser lida no plenário, mas pode ser consultada pelo conselho, o que também marca uma imprecisa intenção do Tribunal do Júri. O texto da pronúncia é uma decisão que veio de um juiz togado, entretanto ela não pode ser lida na sessão, mas pode ser consultada pela jurados e demais participantes. Qual é o motivo dessa proibição que não limitar? É possível que este procedimento seja um indício de que a decisão da primeira fase de julgamento, que deve ser motivada, possa interferir no que ocorrerá no Tribunal, que manterá, provavelmente, sua decisão pautada nas noções de mulher criminosa e de expressão da maldade já construídas socialmente. Neste sentido, devemos considerar a interferência que o órgão acusador pode exercer nesse grupo de leigos, que vai determinar a legitimidade ou não da acusação.

Os blocos de valores que são explorados no Júri, e que se dão a conhecer principalmente durante as suas sessões, vêm do mundo, da construção social que se faz do que convencionalmente chamamos de realidade. Naquele contexto restrito, os textos, verbais e escritos, técnico/científicos e informais se combinam, podendo produzir leituras diversas, mas como pretendemos evidenciar, produzem também discursos que se repetem, expressando a diferença e a desigualdade das representações do mal, do crime, da criminosa em circulação na sociedade.

A etnografia do Júri apresentada por Schritzmeyer (2012) nos leva a pensar este órgão naquilo que lhe é inerente e que lhe permite perpetuar tais desigualdades e diferenças que são legitimadas por tentativas legais e teóricas de fundar consensos e levadas à cabo por meio de uma encenação igualmente legitimada por meio da qual se revelam seu caráter de jogo, de ritual e cênico. Mesmo com as sistemáticas orientações e predisposições legais, é possível perceber fendas e rasuras que respondem a outros cenários e imaginários que não aqueles estritamente conexos ao exercício da justiça.

Com essas concepções em vista foi que pretendemos articular uma visão interdisciplinar de peças fundadoras do procedimento do Tribunal o Júri. Esperamos que, conjugar os textos da lei com as vozes da antropologia, da sociologia, da história, da literatura e da análise do discurso nos sirva, principalmente, para reforçar o caráter múltiplo da pesquisa jurídica, que muitas vezes tende a se fechar na sua sistemática puramente técnica. Esse órgão do judiciário brasileiro, refletido no nosso objeto de análise deixou ler pelo seu texto, um gosto pela intolerância, criando uma visão de repulsa do feminino e da mulher e das mulheres criminosas que devem ser punidas com mais severidade, já que tradicionalmente o seu crime representa o pecado maior de corresponder à sua representação de *locus* do mal que vigora, ainda, na sociedade contemporânea.

REFERÊNCIAS

AMOSSY, Ruth. Da noção retórica de ethos à análise de discurso. In: AMOSSY, Ruth (Org.). *As imagens de si no discurso*. São Paulo: Contexto, 2005.

BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*; tratado de sociologia do conhecimento. Petrópolis: Vozes, 1985.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

Conectas. Disponível em <http://www.conectas.org>. Acesso em 05/11/2020.

BISINOTTO, Eneida Freitas Gomes. Origem, história, principiologia e competência do Tribunal do Juri. Âmbito Jurídico. DISPONÍVEL em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9185. Acessado em 19 de set. 2015.

FERREIRA, Jonas; HAMLIN, Cynthia. Mulheres, negros e outros monstros; um ensaio sobre corpos não civilizados. *Estudos feministas*, Florianópolis, 18(3), set./dez., 2010.

GOFFMAN, Erving. *A representação do eu na vida cotidiana*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1975.

LIMA, Helcira Maria Rodrigues de. O olhar do delegado; imagens de si e do outro. *Abralin*, v.8, n.1, pp. 57-74, jan/jun. 2009.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários a constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cahen editor, 1947.

NASCIMENTO, Lyslei. Mulheres que matam; Judite e Emma Zunz. In: JEHA, Julio; JUÁREZ, Laura; NASCIMENTO, Lyslei (Org.). *Crime e transgressão na literatura e nas artes*. Belo Horizonte, Editora UFMG, 2015.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. *Jogo, ritual e teatro*; um estudo antropológico do Tribunal do Júri. São Paulo: Terceiro Nome, 2012.

Recebido/Received: 30.08.2020.

Aprovado/Approved: 25.11.2020.

**DISSERTAÇÕES
DO PPGD/FUMEC**

LINHA DE PESQUISA: AUTONOMIA PRIVADA, REGULAÇÃO E ESTRATÉGIA

A necessidade crescente de promoção do desenvolvimento econômico sustentável, contraposta com a significativa regulação da atividade econômica, com a crescente intervenção do Estado nos negócios e com a excessiva judicialização dos fenômenos jurídicos, são questões relevantes, contemporâneas e integram a base de diversos problemas científicos e práticos que envolvem as abordagens das tensões entre autonomia privada, regulação e estratégia.

Essa situação exige que o Direito seja reconhecido não apenas como ciência e instrumento legítimo de solução de conflitos, mas como elemento fundamental de estruturação dos objetivos das pessoas (naturais e jurídicas) e das organizações (privadas e públicas), para que estas realizem os seus objetivos estratégicos com o menor custo e com a maior eficiência possível, respeitados os limites normativos, filosóficos e éticos decorrentes do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, é fundamental o desenvolvimento de ideias inovadoras no âmbito da ciência do Direito, bem como a análise, a reflexão e a crítica propositiva de questões estruturantes, tais como, dentre outras: os limites da intervenção estatal na atividade econômica e na autonomia privadas; a normatividade contemporânea e a estruturação lícita dos negócios e dos mercados globalizados; a liberdade de contratar; a interpretação finalística e contemporânea dos institutos clássicos do direito privado; o confronto entre a autonomia privada e o interesse público; a dicotomia entre a propriedade privada e a função social da empresa; as relações entre as empresas, o Estado e as organizações do terceiro setor; a composição de interesses privados e públicos nos mercados; a ineficiência dos instrumentos de controle da atividade econômica; as parcerias entre o público e o privado; as relações entre os modelos de negócios, o planejamento empresarial, a gestão estratégica das organizações e a eficiência dos planejamentos jurídicos (tributários, societários, contratuais, trabalhistas etc); o uso de estruturas jurídicas tipicamente privadas para organização da atividade estatal; a dominação de mercados e a livre concorrência; as combinações de negócios, fusões e aquisições; a liberdade de agir, de pensar, de informar e de ser informado, de empreender.

Data de Início: 01/09/2014

<http://ppg.fumec.br/direito/linhas-de-pesquisa/>

ANÁLISE DA SOBREPOSIÇÃO DE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL NO DESIGN

MARINA VELOSO MOURÃO

MOURÃO, Marina Veloso. **Análise da sobreposição de direitos de propriedade intelectual no design**. 97f. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2020.

Defesa em 10 de julho de 2020.

Sala virtual na plataforma digital "zoom"

Orientador: Prof. Dr. Frederico de Andrade Gabrich

RESUMO

O Direito e a arte fazem parte do universo humano, um como forma de preservação do equilíbrio social e outro como forma de vivências emocionais. A valorização das obras de *design* e *arte aplicada* está cada dia mais presente na vida da população, que busca uma experiência ou um objeto que seja diferente e agradável. Nesse sentido, a presente dissertação de mestrado propõe, como problema de pesquisa, a análise da viabilidade da dupla proteção dos objetos de design reconhecidos como obras de arte no Brasil, tal como ocorre na França. O objetivo geral é demonstrar a necessidade de se estabelecer quais normas de propriedade intelectual protegem o design e as artes aplicadas, considerando que a Lei de Direitos Autorais e a parte reservada ao desenho industrial da Lei de Propriedade Industrial apresentam lacunas quanto à adequada forma de proteção desses bens jurídicos no ordenamento brasileiro. Para atingir o objetivo geral, utiliza-se, predominantemente, o método hipotético dedutivo, analisando-se de forma crítica a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98) e a Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), ambas brasileiras, a doutrina e a jurisprudência nacionais e europeias relativas aos temas abordados, realizando-se, supletivamente, uma análise da proteção sobreposta no Direito comparado entre Brasil e França. Adicionalmente, apresenta-se uma sugestão de alteração na Lei de Direitos Autorais brasileira, de forma a preencher a lacuna existente quanto à proteção do design e das obras de arte aplicada, a fim de conferir maior segurança jurídica aos destinatários da lei.

Palavras-chave: Propriedade intelectual. Direitos autorais. Obra de arte aplicada. Design. Desenho industrial. Sobreposição de direitos.

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO E O PAPEL ESTRATÉGICO DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO: UMA ANÁLISE DO MODELO ADOTADO PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E DOS IMPACTOS NA DESJUDICIALIZAÇÃO

CAROLINA FINGER MARTINEZ MORALES

MORALES, Carolina Finger Martinez. **Mediação e conciliação e o papel estratégico dos serviços notariais e de registro: uma análise do modelo adotado pelo Conselho Nacional de Justiça e dos impactos na desjudicialização.** (266 folhas) f. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2020.

Defesa em 05 de agosto de 2020.

Sala virtual na plataforma digital "zoom".

Orientadora: Profa. Dra. Danúbia Patrícia de Paiva

RESUMO

No atual Estado Democrático de Direito, levando em conta a sociedade civil organizada, as decisões impostas pelo Poder Judiciário, de forma coercitiva, vêm deixando de serem vistas como o único meio de satisfação de direitos. Assim, a mediação e a conciliação extrajudiciais realizadas pelos notários e registradores passam a representar marcos significativos. Contudo, demonstra-se ser imprescindível verificar se o modelo concebido pelo Conselho Nacional de Justiça para o exercício da mediação e conciliação pelas serventias extrajudiciais está apto a assegurar a composição de litígios consensualmente. Assim, indaga-se, como problema de pesquisa, se o objetivo de consolidar as políticas públicas de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de resoluções de conflitos, almejado pelo Conselho Nacional de Justiça, com os princípios e diretrizes atualmente existentes, notadamente pelos preceitos estabelecidos no Provimento nº 67/2018, que estabeleceu um padrão para os institutos da conciliação e mediação nos serviços notariais e registrais, mostra-se eficiente e suficiente para dirimir controvérsias, com aptidão para gerar impactos relevantes na desjudicialização, promovendo a concretização do direito de acesso à justiça. Como hipótese, afirma-se que modelo adotado pelo Conselho Nacional de Justiça, em especial, no Provimento nº 67/2018, contém lacunas e contrariedades ao tratar dos institutos extrajudiciais de resolução de conflitos, tanto entre dispositivos do próprio provimento regulamentador deste conselho, como entre legislações gerais e especiais sobre o tema, não se revelando, de forma isolada, verdadeiramente eficiente e suficiente na solução das controvérsias, podendo causar prejuízo no direito de acesso à justiça e impactos negativos na desjudicialização. A pesquisa adota, como marcos teóricos convergentes, o conceito de Análise Estratégica do Direito de Frederico de Andrade Gabrich, que sustenta a necessidade de uma nova hermenêutica, aplicando regras e princípios jurídicos para prevenir e solucionar conflitos, relativizando abordagem legalista, conflituosa e processualista, em proveito da prevenção e da resolução extrajudiciais, bem como o conceito,

de Aflaton Castanheira Maluf, para quem a mediação e a conciliação extrajudiciais compreendem institutos eficazes de resolução de conflitos, e que notários e registradores podem e devem ser mediadores e conciliadores. O objetivo geral da pesquisa é elaborar uma análise crítica dos institutos da mediação e conciliação extrajudiciais, com a participação dos notários e registradores, além de identificar se os meios de resolução de conflitos estão aptos atualmente a produzir os efeitos de prevenção e composição de litígios, como foram idealizados. Quanto aos demais aspectos metodológicos, a pesquisa se insere em perspectiva jurídico-sociológica, adotando como raciocínio predominante o hipotético-dedutivo. Quanto aos setores de conhecimento, a pesquisa é interdisciplinar, conjugando conceitos de Direito Processual, Direito Constitucional, Teoria do Direito, Direito Civil e Análise Estratégica do Direito. Quanto ao tipo de pesquisa, é bibliográfica e documental; no tocante à natureza dos dados de pesquisa, são primários, levantados a partir de pesquisa às leis, resoluções e demais normas, trabalhados diretamente pelo pesquisador, e secundários a literatura especializada e a doutrina atinentes à temática.

Palavras-chave: Mediação. Conciliação. Cartórios. Serventias extrajudiciais. Meios alternativos de solução de conflitos. Conselho Nacional de Justiça. Acesso à justiça.

ABSTRACT

In the current Democratic State of Law, taking into account organized civil society, the decisions imposed by the Judiciary, in a coercive way, are no longer seen as the only means of satisfaction of rights. Thus, the extrajudicial mediation and conciliation carried out by notaries and registrars now represent significant milestones. However, it proves to be essential to verify if the model conceived by the Brazilian National Council of Justice for the exercise of mediation and conciliation by extrajudicial services can ensure the composition of disputes by consensus. Thus, it is asked, as a research problem, whether the objective of consolidating public policies to encourage and improve the consensual mechanisms for resolving conflicts, sought by the Brazilian National Council of Justice, with the principles and guidelines currently existing, notably by the established precepts in Provision nº 67/2018, which established a standard for the institutes of conciliation and mediation in notary and registry services, it proves to be efficient and sufficient to settle disputes, with the ability to generate relevant impacts on judicialization, promoting the realization of the right of access the Justice. As a hypothesis, it is stated that the model adopted by the Brazilian National Council of Justice, especially in Provision nº 67/2018, contains gaps and setbacks when dealing with extrajudicial conflict resolution institutes, both between provisions of this council's regulatory provision, as well as between general and special legislation on the subject, not proving to be, in isolation, truly efficient and sufficient in the solution of controversies, which may cause damage to the right of access to justice and negative impacts on judicialization. The research adopts, as converging theoretical frameworks, the concept of Strategic Analysis of Law by Frederico de Andrade Gabrich, which supports the need for a new hermeneutics, applying rules and legal principles to prevent and resolve conflicts, relativizing a legalistic, conflicting and procedural approach, for the benefit of extrajudicial prevention and resolution, as well as the concept, by Aflaton Castanheira Maluf, for whom extrajudicial mediation and conciliation comprise effective conflict resolution institutes, and that notaries and registrars can and should be mediators and conciliators. The general objective of the research is to elaborate a critical analysis of the institutes of extrajudicial mediation and conciliation, with the participation of notaries and registrars, in addition to identifying if the means of conflict resolution are currently able to produce the effects of prevention and composition of disputes, how they were conceived. As for the other methodological aspects, the research is inserted in a juridical-sociological perspective, adopting the hypothetical-deductive reasoning as the predominant reasoning. As for the knowledge sectors, the research is interdisciplinary, combining concepts of Procedural Law, Constitutional Law, Jurisprudence, Civil Law, and Strategic Analysis of Law. As for the type of research, it is bibliographic and documentary; concerning the nature of the research data, they are primary, raised from research to laws, resolutions, and other norms, worked directly by the researcher, and secondary to specialized literature and doctrine related to the theme.

Keywords: Mediation. Conciliation. Notaries. Extrajudicial services. Alternative dispute resolution. Brazilian National Council of Justice. Access to justice.

O DESASTRE DE MARIANA E A PREVENÇÃO DO RISCO SOCIAL DO DANO AMBIENTAL

KATHIA FRANÇA E SILVA

SILVA, Kathia França e. **O desastre de Mariana e a prevenção do risco social do dano ambiental**. 117f. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2020.

Defesa em 10 de agosto de 2020.

Sala virtual na plataforma digital "zoom".

Orientador "ad hoc": Profa. Dra. Luciana Diniz Durães Pereira

RESUMO

A expansão do capitalismo a partir da Revolução Industrial, responsável pelo crescimento econômico mundial, se deu à custa da exploração predatória do meio ambiente. O avanço desordenado das atividades extrativistas predatórias culminou, no século XX, com a iminente ameaça do esgotamento dos recursos naturais, despertando a necessidade de se repensar toda a forma de produção. Nesse contexto, percepção do Direito e da Economia, como dois sistemas independentes, possibilita a observação correta da interseção de sistemas que mutuamente se refletem e se influenciam, o que se denomina Análise Econômica do Direito, setor do conhecimento que tem em Ronald Coase um dos seus principais expoentes. A análise do custo da alocação de recursos, bem como a fixação dos direitos de propriedade, pilares da teoria de Coase, é relevante para se evitar desastres ambientais. Assim, indaga-se, como problema de pesquisa, como as diretrizes apontadas no Teorema de Coase, marco teórico da pesquisa, aplicadas ao processo de criação das normas regulamentadoras do Direito Ambiental, diminuiriam o risco dos prejuízos socioambientais, tais como os ocorridos com o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana/MG, induzindo o comportamento do setor de mineração a privilegiar a preservação dos recursos naturais. Como hipótese, afirma-se que a aplicação das diretrizes apontadas por Ronald Coase, como meio de conferir mais eficiência às leis, regulamentos e políticas públicas – desestimulando o mercado que otimiza o lucro, sem contabilizar os prejuízos socioambientais –, garantiria a prevenção do risco social do dano ambiental, tal como ocorrido na cidade de Mariana/MG, pelo rompimento da barragem de rejeitos de minério de Fundão. O objetivo geral da pesquisa é investigar a possibilidade de se antever o comportamento dos atores econômicos na seara ambiental, a partir dos vetores apontados pelo Teorema Coase, identificando se desestimularão a atuação no mercado. Além disso, busca-se ressaltar como a incorporação do arcabouço teórico fornecido pelo Teorema de Coase, pela legislação, regulação e políticas públicas ambientais, em conjunto com os avanços na área de proteção ambiental, poderão apresentar soluções alternativas para impedir a utilização indiscriminada dos recursos naturais. Quanto aos demais aspectos metodológicos, a pesquisa se insere em perspectiva jurídico-sociológica, adotando como raciocínio predominante o hipotético-dedutivo. É de perspectiva interdisciplinar e transdisciplinar, uma vez que se propõe abordar a interface entre o Direito e a Economia em suas dimensões positiva e normativa, além da Análise Econômica do Direito.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Economia. Direito. Direito Ambiental. Teorema de Coase. Ronald Coase. Desastre de Mariana. Barragem de Fundão. Mineração. Samarco. Vale.

ABSTRACT

The expansion of capitalism from the Industrial Revolution, responsible for the world's economic growth, came at the expense of predatory exploitation of the environment. The disordered advance of predatory extractive activities culminated, in the twentieth century, with the imminent threat of the depletion of natural resources, awakening the need to rethink the whole form of production. In this context, perception of law and economics, as two independent systems, enables the correct observation of the intersection of systems that mutually reflect and influence each other, what is called Economic Analysis of Law, a sector of knowledge that has in Ronald Coase one of its main exponents. The analysis of the cost of resource allocation, as well as the fixing of property rights, pillars of Coase's theory, is relevant to avoid environmental disasters. Thus, the research problem is asked how the guidelines pointed out in Coase's theorem, the theoretical framework of the research, applied to the process of creation of environmental law regulatory norms, would reduce the risk of socio-environmental damage, such as those that occurred with the rupture of the Fundão dam, in Mariana/MG, inducing the behavior of the mining sector to privilege the preservation of natural resources. As a hypothesis, it is stated that the application of the guidelines pointed out by Ronald Coase, as a means of giving more efficiency to laws, regulations and public policies – discouraging the market that optimizes profit, without accounting for socio-environmental losses – would ensure the prevention of social risk of environmental damage, as occurred in the city of Mariana/MG, by the rupture of the Fundão ore tailings dam. The general objective of the research is to investigate the possibility of anticipating the behavior of economic actors in the environmental field, from the vectors pointed out by the Coase Theorem, identifying whether they will discourage the performance in the market. Also, it seeks to highlight how the incorporation of the theoretical framework provided by Coase's theorem, by legislation, regulation and environmental public policies, is together with advances in the area of environmental protection, may present alternative solutions to prevent the indiscriminate use of natural resources. As for the other methodological aspects, the research is inserted in a juridical-sociological perspective, adopting as predominant reasoning the hypothetical-deductive. It is from an interdisciplinary and transdisciplinary perspective, since it proposes to approach the interface between Law and Economics in its positive and normative dimensions, in addition to the Economic Analysis of Law.

Keywords: Economic Analysis of Law. Economy. Law. Environmental Law. Coase's theorem. Ronald Coase. Mariana disaster. Fundão Dam. Mining. Samarco. Vale

A SEGURANÇA JURÍDICA NO SISTEMA REGISTRAL IMOBILIÁRIO BRASILEIRO À LUZ DO DIREITO COMPARADO: SUPERAÇÃO DA SÚMULA 84 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PELA LEI Nº 13.097/2015

CLÁUDIA MARIA RESENDE NEVES GUIMARÃES

GUIMARÃES, Cláudia Maria Resende Neves. **A SEGURANÇA JURÍDICA NO SISTEMA REGISTRAL IMOBILIÁRIO BRASILEIRO À LUZ DO DIREITO COMPARADO: Superação da súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça pela Lei nº 13.097/2015.** 285 f. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2020.

Defesa em 21 de agosto de 2020.

Sala virtual na plataforma digital "zoom".

Orientador: Prof. Dr. Daniel Firmato Almeida Glória

RESUMO

O problema a ser investigado neste trabalho é: após a edição da Lei n. 13.097/2015, a súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça continua válida? A hipótese é que, se antes da edição da Lei n. 13.097/2015, a súmula 84 já era considerada pela melhor doutrina como equivocada, porquanto desconsiderava que publicidade registral imobiliária é a única forma da promessa de compra e venda irradiar efeitos erga omnes, após a edição da Lei n. 13.097/2015 não há mais qualquer espaço para clandestinidade imobiliária no ordenamento jurídico pátrio. A pesquisa inicia-se com o panorama da transmissão da propriedade imobiliária no direito comparado, a partir do qual é feita a análise da classificação dos sistemas de registros imobiliários vigentes no direito comparado, dando relevo à França, aos Estados Unidos da América, à Alemanha, à Inglaterra, à Espanha e à Áustria. Após, explora-se a transmissão da propriedade imobiliária no Brasil, analisando-se a evolução histórica da sua ocupação territorial e legislação pertinente até 2015, para, então, tratar da sua eficiência quanto à segurança jurídica almejada nas transações imobiliárias. Como metodologia, recorre-se à doutrina nacional e estrangeira especializada sobre o tema, bem como a jurisprudência brasileira. Verifica-se que a instrumentalidade do registro imobiliário, tanto no sentido social como econômico, tendo os princípios registrares imobiliários como terreno fértil para a segurança jurídica nas transações imobiliárias, permite concluir que, a partir da Lei n. 13.097/2015, com a obrigatoriedade de concentrar todas as informações da situação jurídica do imóvel na sua matrícula – e a respectiva sanção pelo seu descumprimento –, o legislador ordinário deixou para trás o modelo de segurança jurídica estática, adotando, a partir de então, a segurança jurídica dinâmica, elevando sobremaneira o nível de segurança nas relações imobiliárias. Conclui-se, assim, que a Lei n. 13.097/2015, na parte que trata de registros imobiliários, é uma barreira intransponível para a clandestinidade imobiliária, que até então não só era tolerada, como também incentivada pela súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Segurança Jurídica. Registro Imóveis. Lei 13.097/2015. Súmula 84 STJ.

ABSTRACT

The problem to be investigated in this paper is: after the enactment of Law nº 13.097/2015, is the precedent nº 84 of the Superior Court of Justice still valid? The hypothesis is that, if before the enactment of Law nº 13.097/2015, the precedent nº 84 was already considered by the best doctrine to be mistaken, as it disregarded that real estate registration advertising is the only way of the promise of buying and selling to radiate erga omnes effects, after the enactment of Law nº 13.097/2015 there is no longer any space for clandestine real estate in the national legal system. The research begins with the panorama of the transmission of real estate in comparative law, from which the analysis of the classification of real estate registration systems in force in comparative law is made, giving emphasis to France, the United States of America, Germany, England, Spain and Austria. Afterwards, the transmission of real estate in Brazil is explored, analyzing the historical evolution of its territorial occupation and pertinent legislation until 2015, to then address its efficiency regarding the legal security desired in real estate transactions. As a methodology, brazilian and foreign specialized doctrine on the subject is used, as well as nacional jurisprudence. It appears that the instrumentality of the real estate registry, both in the social and economic sense, having the real estate registry principles as a fertile ground for legal security in real estate transactions, allows us to conclude that, from Law nº 13.097/2015, with the obligation to concentrate all the information on the legal status of the property in its registration – and the respective sanction for its non-compliance –, the ordinary legislator left behind the static legal security model, adopting, from then on, dynamic legal security, greatly raising the level of security in real estate relations. It is concluded, therefore, that Law nº 13.097/2015, in the part that deals with real estate records, is an insurmountable barrier to real estate hiding, which until then was not only tolerated, but also encouraged by precedent nº 84 of the Superior Court of Justice.

Keywords: Legal Security. Real Estate Registry. Law nº 13.097/2015. Precedent nº 84 STJ.

LINHA DE PESQUISA: ESFERA PÚBLICA, LEGITIMIDADE E CONTROLE

Não se pode conceber contemporaneamente a identidade entre esfera pública e Estado. A esfera pública “compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida”. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999. v. 2, p. 99 e seguintes).

O centro da esfera pública política, por sua vez, compõe-se, ainda, de outros “subsistemas” funcionais, cada um representando o seu papel dentro do sistema político, tais como o sistema administrativo, o complexo parlamentar, o sistema judiciário e a opinião democrática formada pelas eleições e pelos partidos políticos. No momento contemporâneo, os espaços da esfera pública ganham mais amplitude e dinamismo na busca de meios coletivos de construção de identidades plurais. Não é mais entre os poderes de Estado ou em razão da pertença a comunidades historicamente situadas, mas entre as diferentes fontes de integração social, que um novo equilíbrio deve ser perquirido.

O objeto de estudo desta linha visa reconstruir as clássicas abordagens acadêmicas do direito público, centradas na ótica do Estado e da Administração Pública, a partir de dois instrumentos do processo de integração social: legitimidade e controle.

Data de Início: 01/01/2010

<http://ppg.fumec.br/direito/linhas-de-pesquisa/>

A ILEGIBILIDADE DA LIMITAÇÃO TERRITORIAL DOS EFEITOS DAS SENTENÇAS EM AÇÕES COLETIVAS À LUZ DA ISONOMIA

GUILHERME ABRAS GUIMARÃES DE ABREU

ABREU, Guilherme Abras Guimarães de. **A ilegitimidade da limitação territorial dos efeitos das sentenças em ações coletivas à luz da isonomia.** 94f. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2020.

Defesa em 08 de junho de 2020.

Sala virtual na plataforma digital "zoom".

Orientador: Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi

RESUMO

A sociedade contemporânea é marcada pelos litígios coletivos e pela tutela de direitos coletivos em sentido amplo, que envolvem conjunto de pessoas ou mesmo toda a sociedade. Nesse contexto insere-se o Direito Processual Coletivo, destinado a solucionar, mediante única resposta judiciária, conflitos de maior amplitude, evitando-se que se pulverizem as demandas individuais. O Direito Processual Coletivo é regido tanto pelos princípios gerais do processo – tal como a isonomia –, quanto por princípios específicos, que contribuem para conferir autonomia à disciplina. No Brasil, a defesa dos interesses coletivos é sistematizada, principalmente, pela Lei nº 7.347/1985 e pelo Código de Defesa do Consumidor, que, integradas, formam o microsistema de tutela coletiva. No Direito Processual Coletivo, é comum que os provimentos jurisdicionais atinjam grupos determinados ou não de pessoas, até onde se irradie o interesse em discussão. O Poder Executivo Federal do Brasil, vendo-se limitado em sua atuação pelas decisões proferidas em ações coletivas, instituiu nova sistemática, alterando, por meio da Medida Provisória nº 1.570-5/1997, posteriormente convertida na Lei nº 9.494/1997, a redação originária do art. 16 da Lei de Ação Civil Pública, com o objetivo de restringir a eficácia das sentenças proferidas em ações civis públicas à área territorial da competência do juiz prolator. Desse modo, indaga-se, como problema de pesquisa se, à luz da isonomia, seria legítimo limitar os efeitos das sentenças em ações coletivas, nos termos do art. 16 da Lei de Ação Civil Pública, considerando as alterações promovidas. Como hipótese, afirma-se que a limitação territorial dos efeitos das sentenças em ações coletivas não é legítima, uma vez que enseja a multiplicação de demandas e incrementa as chances de que indivíduos em idênticas situações recebam tratamentos jurisdicionais distintos, desnaturando a essência das ações coletivas e desintegrando a proteção dos direitos coletivos. O objetivo geral do trabalho é verificar, à luz do princípio da isonomia, a legitimidade da limitação territorial de efeitos das sentenças em ações coletivas, nos termos da nova redação do art. 16 da Lei de Ação Civil Pública. Adotar-se-á como marcos teóricos convergentes da pesquisa o conceito de Ada Pellegrini Grinover e outros, para os quais o princípio da isonomia implica no cumprimento dos vetores da igualdade formal e substancial, importando, na prática, no tratamento dos desiguais na medida das suas desigualdades, bem como as concepções de Sérgio Henrique Zandoná Freitas, que afirma que não se pode dissociar o devido processo legal do devido processo constitucional, e que os provimentos estatais só serão considerados legítimos quando construídos em participação isonômica. Quanto aos demais aspectos metodológicos, a

pesquisa situa-se na vertente jurídico-dogmática, adotando de modo predominante o raciocínio dedutivo. Quanto aos setores do conhecimento, a pesquisa é do tipo interdisciplinar, pois conjuga aspectos do Direito Processual Coletivo, Direito Constitucional, Filosofia e Teoria do Direito. É do tipo bibliográfica, tendo como dados primários a legislação e a jurisprudência atinentes à temática e, como dados secundários, as doutrinas diretamente relacionadas aos ramos do saber interrelacionados.

Palavras-chave: Direito Processual Coletivo. Ação civil pública. Limitação territorial dos efeitos da sentença coletiva. Isonomia. Medida Provisória nº 1.570-5/1997. Lei nº 9.494/1997.

O DIREITO CONSTITUCIONAL AO RECURSO E À FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES: ESTUDO CRÍTICO DO JULGAMENTO EM ÚNICA INSTÂNCIA EM SEDE RECURSAL

LAÍS ALVES CAMARGOS

CAMARGOS, Laís Alves. **O direito constitucional ao recurso e à fundamentação das decisões: estudo crítico do julgamento em única instância em sede recursal**. 89f. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2020. Disponível em: <https://repositorio.fumec.br/xmlui/handle/123456789/585>.

Defesa em 10 de junho de 2020.

Sala virtual na plataforma digital “zoom”

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

RESUMO

O Código de Processo Civil de 2015, no §3o do artigo 1.013, determina que o tribunal decida desde logo o mérito quando constatar omissão no exame de um dos pedidos ou quando a sentença for nula por falta de fundamentação. Ou seja, referida norma permite o julgamento em única instância em sede recursal de forma a privilegiar a celeridade em detrimento de direitos fundamentais como o contraditório, a fundamentação das decisões e o direito constitucional ao recurso. Esta pesquisa tem como objetivo estudar com detalhes referidos direitos fundamentais a fim de demonstrar que o desrespeito a eles vai de encontro ao Estado Democrático de Direito, atual paradigma desde a Constituição da República de 1988, e ao devido processo constitucional, os quais asseguram a supremacia da Constituição sobre a lei, sendo de fundamental importância a observância dos direitos de participação e de fiscalização incessantes do povo para a aplicação do direito. Trata-se de um tema problema original, de grande valor para no âmbito científico, por estar sendo analisada uma norma nova e mais abrangente do que aquela existente no Código de Processo Civil de 1973 – o qual previa a hipótese do tribunal julgar de imediato a demanda somente no caso de sentença terminativa na qual houvesse apenas matéria de direito a ser analisada. Também há relevância por comprometer a solução dos processos de forma direta, tendo em vista a limitação das matérias que podem ser objeto de recurso para o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. A presente pesquisa visa, portanto, confirmar a hipótese de que o §3o do artigo 1.013 do Código de Processo Civil não se coaduna com o Estado Democrático de Direito. Utilizar-se-á o método dedutivo para realização de uma pesquisa bibliográfica em livros, teses, dissertações, artigos em periódicos Qualis Capes e em anais de congressos e jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com foco no processo constitucional como marco teórico, com grandes contribuições da teoria neoinstitucionalista do processo cujo referencial do direito está na plenitude de Democracia.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Teoria constitucionalista do processo. Fundamentação das decisões. Direito ao recurso. Contraditório. Fetichismo da celeridade. Parágrafo 3o do artigo 1.013 do Código de Processo Civil de 2015.

ABSTRACT

The 2015 Code of Civil Procedure, in his §3rd of article 1.013, determines that the court will immediately decide the merits when it finds an omission in the examination of one of the requests or when the sentence is null due to lack of reasoning. In other words, this rule allows single judgment in appeal, by the 2nd degree courts, in order to favor speed rather than fundamental rights such as the right to adversary, the reasoning of decisions and the constitutional right to appeal. This research aims to study in detail referred fundamental rights in order to demonstrate that the disrespect to them goes against the Rule of Law, current paradigm since the 1988 Constitution of the Republic, and the due constitutional process, which ensure the supremacy of the Constitution over the law, being of fundamental importance the observance of the people's participation and unceasing inspection rights for the application of the law. This is an original problem issue, of great value in the scientific field, as a new and more comprehensive rule is being analyzed than that existing in the Code of Civil Procedure from 1973 - which provided for the hypothesis of the court to judge immediately the demand only in the case of a final sentence in which there was only a matter of law to be analyzed. There is also relevance for directly compromising the solution of the proceedings, in view of the limitation of the matters that can be appealed to the Superior Court of Justice and the Supreme Federal Court. The present research aims, therefore, to confirm the hypothesis that Paragraph 3 of article 1.013 of the Code of Civil Procedure is not consistent with the Rule of Law. The deductive method will be used to carry out a bibliographic search in books, theses, dissertations, articles in Qualis Capes journals and jurisprudence from the Court of Justice of Minas Gerais, focusing on the constitutional process theory as a theoretical framework, with great contributions from neoinstitutionalist theory whose legal framework is in the fullness of Democracy.

Keywords: Rule of Law. Due constitutional process. Substantiated decisions principle. Right to appeal. Right to adversary proceedings. Fetishism of celerity. 3rd paragraph of article 1.013 of the 2015 Brazilian Code of Civil Procedure

DESJUDICIALIZAÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA: MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS

MICHELLY PEREIRA MELO

MELO, Michelly Pereira. **Desjudicialização e acesso à justiça: mediação e conciliação nas serventias extrajudiciais**. 111f. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2020.

Defesa em 03, de julho de 2020.

Sala virtual na plataforma digital "zoom".

Orientador: Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo investigar a possibilidade, tendo como parâmetro os critérios de admissibilidade e adequação, da utilização das técnicas extrajudiciais da conciliação e da mediação para a resolução de conflitos nos cartórios. Para tanto, contrapõe a jurisdição e os meios alternativos de composição de conflitos buscando identificar os meios que melhor atendem o acesso à justiça e a efetivação do direito à cidadania; explica a atividade notarial e registral no Brasil, apresentando sua origem, evolução histórica, previsão constitucional, principais características e princípios norteadores; e discute a fundamentação social e política da desjudicialização e sua aplicação aos cartórios bem como as dificuldades relacionadas aos advogados e partes demandantes e demandadas. A metodologia utilizada para o desenvolvimento desta dissertação foi o dedutivo, dialético e empírico por intermédio de uma pesquisa bibliográfica e documental realizada a partir de fontes já publicadas, a exemplo de livros, artigos, trabalhos acadêmicos e legislações que se referem ao tema-problema em análise permitindo concluir que a conciliação e a mediação bem como os instrumentos de prevenção litigiosa e social, são mecanismos processuais de pacificação das demandas uma vez que as próprias partes dão solução aos seus conflitos sem a intervenção do Estado juiz. Em um primeiro momento, é feita a análise da jurisdição e dos meios alternativos de conflito, bem como do conceito de acesso à justiça a partir dos estudos de Cappelletti e Garth. Posteriormente, analisa-se a instituição do Notariado desde sua origem, evolução histórica, espécies e regulamentação no Brasil. Ao final, compreende-se, a partir da fundamentação social e política, de que maneira as serventias extrajudiciais por meio da mediação e conciliação, colaboram para efetivação do acesso aos direitos.

Palavras-chave: Conflitos. Mediação. Conciliação. Desjudicialização. Funções Notariais.

USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: DA NORMATIZAÇÃO A SUA EXECUÇÃO

SARAH LARA ALVES MARTINS

MARTINS, Sarah Lara Alves. **Usucapião extrajudicial: da normatização a sua execução**. 137f. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2020.

Defesa em 08, de julho de 2020.

Sala virtual na plataforma digital “zoom”

Orientador: Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta

RESUMO

A presente dissertação tem como escopo verificar a viabilidade da usucapião extrajudicial como forma de acesso à propriedade formalizada. Para tanto, serão analisados os impactos socioeconômicos da informalidade fundiária no Brasil, bem como o instituto da usucapião. Posteriormente, será estudado o contexto que justificou a atribuição do processamento da usucapião extrajudicial aos Cartórios de Registro de Imóveis, que envolve a sobrecarga do judiciário e a possibilidade de acesso ao direito de forma célere e segura. Ainda serão descritas todas as etapas do processamento da usucapião extrajudicial que ocorre exclusivamente perante o Registro de Imóveis, além de esclarecer a documentação probatória exigida, dando ênfase à ata de justificação de posse lavrada pelo tabelião de notas. Por fim, serão analisadas as principais controvérsias sobre o instituto, como o custo financeiro, a necessidade de anuência dos interessados e casos concretos em que o instituto é viável. Quanto aos aspectos metodológicos, o trabalho se desenvolve na vertente teórico-dogmática, que será realizada através de detalhada busca bibliográfica e documental sobre o assunto, adotando como raciocínio predominante o hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Usucapião extrajudicial. Óbices. Propriedade. Ata Notarial para fins de usucapião. Registro de Imóveis.

ABSTRACT

The present study aims to verify the viability of extrajudicial usucaption as a form of access to formalized property. To this end, the socioeconomic impacts of land informality in Brazil, as well as the institute of usucaption, will be analyzed. Subsequently, the context that justified the attribution of extrajudicial usucaption processing to Real Estate Registry Offices will be studied, which involves the overload of the judiciary and the possibility of access to the law in a fast and safe manner. All stages of the processing of the extrajudicial usucaption that occurs exclusively before the Real Estate Registry will also be described, in addition to clarifying the required evidential documentation, emphasizing the minutes of justification of possession drawn up by the notary. Finally, the main controversies about the institute will be analyzed, such as the financial cost, the need for the consent of the interested parties and specific cases in which the institute is viable. As for the methodological aspects, the work is developed in the theoretical-dogmatic aspect, which will be carried out through a detailed bibliographic and documentary search on the subject, adopting the hypothetical-deductive reasoning as the predominant reasoning.

Keywords: Non-judicial Usucaption. Impediments. Property. Notary office. Land registry.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA COM O DA EFETIVIDADE DA LEI PENAL

BRUNO PINHEIRO CAPUTO

CAPUTO, Bruno Pinheiro. **Execução provisória da pena: colisão entre o princípio da presunção da inocência com o da efetividade da lei penal.** 96f. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2020.

Defesa em 16 de julho de 2020.

Sala virtual na plataforma digital "zoom".

Orientador: Prof. Dr. Carlos Víctor Muzzi Filho

RESUMO

O presente trabalho tem como temática a execução provisória da pena na Constituição da República de 1988. Diante disso, o trabalho enfrenta como problema de pesquisa a questão sobre ser a execução provisória da pena constitucional ou inconstitucional. Nesse sentido, a hipótese apresentada é a de constitucional a execução provisória da pena, na medida em que a presunção da inocência não se confunde com a proibição da prisão, já que esta é ligada à ordem escrita e fundamentada pela autoridade competente. O trabalho é justificado pelo fato da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da execução provisória da pena gerar grande impacto na liberdade do acusado, já que, com a admissão da execução provisória da pena, poderá o réu, caso condenado, iniciar o cumprimento da sua pena logo após o julgamento pelo Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal Regional Federal. O objetivo geral do trabalho é analisar o instituto da execução provisória da pena na Constituição da República para apresentar uma resposta satisfatória sobre a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Como objetivos específicos, apresentam-se a necessidade de analisar os direitos e garantias fundamentais na Constituição da República; os Tratados Internacionais de Direitos Humanos; os princípios da presunção da inocência e da efetividade da lei penal; o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à execução provisória da pena; e, finalmente, o debate sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da execução provisória da pena. Como marco teórico, o trabalho socorre-se dos ensinamentos de Robert Alexy, no seu livro Teoria dos Direitos Fundamentais. No que se refere aos aspectos metodológicos, o trabalho é desenvolvido pela vertente dogmática jurídica. Além de tal vertente, o trabalho também se desenvolve a partir da bibliografia estrangeira e nacional, artigos científicos, decisões do Supremo Tribunal Federal, Direito Constitucional, Direito Processual e Direitos Humanos. Por último, o trabalho constatou ser a execução provisória da pena constitucional, na medida em que a prisão e a culpa não se confundem, pois, para a prisão, é necessária a ordem escrita e fundamentada pela autoridade competente, estando a fundamentação da execução provisória da pena, basicamente, no fato de ser exaurida a análise fática e probatória na instância ordinária.

Palavras-chave: Execução Provisória da Pena. Direitos Fundamentais. Presunção da Inocência. Efetividade da lei penal. Proporcionalidade.

GOVERNANÇA CORPORATIVA COMO ESTRATÉGIA JURÍDICA DAS STARTUPS: CRIANDO AMBIENTES FAVORÁVEIS À REDUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INVESTIDORES ANJOS NO BRASIL

KARINA MOURÃO COUTINHO

COUTINHO, Karina Mourão. **GOVERNANÇA CORPORATIVA COMO ESTRATÉGIA JURÍDICA DAS STARTUPS: criando ambientes favoráveis à redução da responsabilidade civil dos investidores anjos no Brasil.** 105f. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2020.

Defesa em 03 de agosto de 2020.

Sala virtual na plataforma digital "zoom".

Orientador: Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta

RESUMO

A chamada Revolução Industrial permitiu alterações fundamentais nas condições de trabalho e no estilo de vida das pessoas. Contudo, a tecnologia atualmente utilizada para produção de produtos e serviços é completamente diferente daquelas do passado. Nesse contexto de inovações tecnológicas, identificam-se as *startups*, modelos de negócios caracterizados pela inovação, tecnologia, ambiente de incerteza, além da repetibilidade e da escalabilidade. São negócios que têm capacidade de crescer exponencialmente, diferenciando-se dos modelos tradicionais. O investidor anjo é uma figura de fomento muito importante para o estágio inicial das startups. Ele acredita na ideia do empreendedor e investe valor significativo para o início dos negócios. Sem ele, muitas startups não conseguiriam sair da fase de ideação de produtos e serviços. Por se tratar de modelo de negócio ainda embrionário, muitas dessas startups não apresentam processos internos e organização de grandes companhias, sendo gestadas, portanto, alheias aos conceitos de governança corporativa – o *compliance* –, tão caros aos investimentos externos. Assim, indaga-se, como problema de pesquisa, à luz da análise estratégica do Direito, de que modo a governança corporativa impacta diretamente na redução dos riscos de responsabilização civil dos investidores anjos, figura central no fomento técnico e financeiro do ambiente de startups no estágio inicial. Como hipótese, afirma-se que a governança corporativa contribui para o modelo jurídico das startups, pois incrementa as possibilidades de investimentos e de firmar relações íntegras com os investidores, por meio da adoção de programas de *compliance*, que definem regulamentos internos, observando a legislação aplicável ao negócio, externando e aclarando os meios de cumprimento dessas regras, conferindo previsibilidade e segurança jurídica ao aporte de recursos, com reflexos diretos na responsabilização civil dos investidores anjos. O objetivo geral da presente pesquisa é propor formas de minimizar os riscos da responsabilização civil dos investidores anjos das pequenas e médias empresas de base tecnológica – as chamadas startups – por meio da adoção de programa de governança corporativa (*compliance*). A pesquisa adota, como marco teórico, o conceito de Análise Estratégica do Direito de Frederico de Andrade Gabrich, para quem o Direito deve permitir a imposição de um pensar jurídico estratégico, que permita encontrar as soluções jurídicas e lícitas para a realização dos objetivos traçados pelas pessoas, considerando-se, também, a importância da interpretação e o seu caráter dialético. Quanto aos demais aspectos metodológicos, a pesquisa se insere em perspec-

tiva jurídico-sociológica e é de caráter interdisciplinar, pois procura coordenar conteúdos concernentes ao campo da Direito Civil, Direito Empresarial e Análise Estratégica do Direito, no intuito de analisar o objeto de estudo em todas as suas características plurais.

Palavras-chave: Startups. Investidor Anjo. Governança Corporativa. Compliance. Análise Estratégica do Direito

ABSTRACT

The so-called Industrial Revolution allowed fundamental changes in people's working conditions and lifestyles. However, the technology currently used to produce products and services is completely different from those of the past. In this context of technological innovations, startups are identified, business models characterized by innovation, technology, and environment of uncertainty, in addition to repeatability and scalability. These are businesses that have the capacity to grow exponentially, differentiating themselves from traditional models. The angel investor is an important development figure for the initial stage of startups. He believes in the entrepreneur's idea and invests significant value in starting the business. Without it, many startups would not be able to get out of the product and service ideation phase. As it is still an embryonic business model, many of these startups do not have internal processes and the organization of large companies and are therefore managed outside the corporate governance concepts – compliance –, which is so expensive for foreign investments. Thus, it is asked, as a research problem, in the light of the strategic analysis of law, how corporate governance directly impacts the reduction of civil liability risks for angel investors, a central figure in the technical and financial development of the startup environment in the initial stage. As a hypothesis, it is stated that corporate governance contributes to the legal model of startups, as it increases the possibilities for investments and to establish integral relations with investors, through the adoption of compliance programs, which define internal regulations, observing the legislation applicable to the business, expressing and clarifying the means of compliance with these rules, providing predictability and legal certainty for the contribution of resources, with direct consequences on the civil liability of angel investors. The general objective of this research is to propose ways to minimize the risks of civil liability of angel investors in small and medium technology-based companies – the so-called startups – through the adoption of a corporate governance program (compliance). The research adopts, as a theoretical framework, the concept of Strategic Analysis of Law by Frederico de Andrade Gabrich, for whom the Law must allow the imposition of strategic legal thinking, which allows finding legal and lawful solutions for the achievement of the objectives outlined by people, also considering the importance of interpretation and its dialectical character. As for the other methodological aspects, the research is inserted in a juridical-sociological perspective and is of an interdisciplinary character, since it seeks to coordinate contents concerning the field of Civil Law, Business Law and Strategic Analysis of Law, in order to analyze the object of study in all its plural characteristics.

Keywords: Startups. Angel Investors. Corporate Governance Compliance. Strategic Analysis of Law.

A TRIBUTAÇÃO DE RECEITAS OBTIDAS PELA PRÁTICA DE ATOS ILÍCITOS E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO ‘PECUNIA NON OLET’ NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

PEDRO ALCÂNTARA TRINDADE NETO

TRINDADE NETO, Pedro Alcântara. **A tributação de receitas obtidas pela prática de atos ilícitos e aplicação do princípio ‘Pecunia Non Olet’ no sistema jurídico brasileiro.** 72f. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2020.

Defesa em 04 de agosto de 2020.

Sala virtual na plataforma digital “zoom”.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Frattari Bonito

RESUMO

O presente trabalho tem o fito de trazer para a discussão uma recorrente situação vista tanto pela via midiática quanto nas academias e incitar o raciocínio da situação fático-jurídica no que concerne à possibilidade de tributação de rendimentos auferidos de práticas ilícitas que serão apresentadas no decorrer dos estudos, e as razões pelas quais se deve ou não coibir ou incentivar tal prática por parte do Estado brasileiro. Nesse passo, a presente pesquisa é desenvolvida a partir da problematização sobre a possibilidade do Estado se beneficiar por meio da tributação de bens e valores oriundos de condutas criminosas e o possível conflito entre as normas do Direito Penal e Direito Tributário. A fim de buscar uma elucidação acerca do questionamento apresentado, nota-se que é preciso adotar uma análise introdutória sobre o conceito de norma jurídico-tributária, de tributo e suas características, acompanhada dos princípios constitucionais que regem as normas do Código Tributário Nacional, para em seguida apresentar uma análise sobre a incidência do princípio do pecunia non olet no âmbito do Direito Tributário brasileiro e suas implicações nas ações judiciais por meio dos julgados proferidos pelos tribunais no Brasil, realizando uma postura crítica a partir dos estudos jurídicos doutrinários. O objetivo geral da dissertação é demonstrar que não deve ser adotado o princípio do pecunia non olet de forma irrestrita sob o mero fundamento do viés moralista e do senso comum de justiça, sendo preciso uma análise técnica e jurídica diante de cada caso. O marco teórico adotado no presente trabalho é de entendimento de Amilcar de Araújo Falcão acerca da necessidade de tributação irrestrita do ato ilícito, em contraponto ao entendimento de Ricardo Lobo Torres, de que o Estado não deve se beneficiar de condutas reprovadas pelo próprio poder estatal. A pesquisa também considera a teoria desenvolvida pelos autores Alfredo Augusto Becker e Daniel Lin Santos que defendem uma análise cautelosa da aplicação tributária, de modo a obter equilíbrio entre o instituto penal e tributário, embora aparentemente dicotômicos. O raciocínio predominante utilizado na pesquisa é o método de abordagem dedutivo com utilização de técnica documental e bibliográfica, a partir da análise crítica das normas tribu-

tárias, penais e constitucionais, bem como da doutrina relevante sobre os temas apontados, destacando os argumentos em favor e contrários, e as considerações dos entendimentos jurisprudenciais. Como resultado foi possível concluir pela viabilidade da incidência tributária sobre rendimentos auferidos ilicitamente, restando, devidamente elucidadas, algumas ressalvas e contrapontos da referida conclusão.

Palavras-chave: Princípio Pecunia Non Olet. Tributação. Práticas ilícitas.

ABSTRACT

This paper aims to discuss a recurrently debated matter, both on media and academic environments: the taxation of illicit income and the intricacies of either encouraging or abhorring such practice from the Brazilian government. On the present paper, under the guidance of the researched problem, we dissertate about the possibility of the State profiting from the taxation of goods and values acquired from various criminal activities, and the possible conflict between criminal and tributary law standards. In order to properly address the many possible perspectives on the law it is mandatory the understanding the concepts of legal-tax rule and tribute along with the constitutional principles that rule the National Tributary Code. Furthermore it is critical to analyze the pecunia non olet principle and its implications on current Government decisions; developing a critical analysis based on doctrinaire studies. The general objective of the present dissertation is to demonstrate that the pecunia non olet principle should not be applied based solely on the moralist common idea of justice, requiring instead a deeper analysis of each case under the interpretation of the law. The ideas presented on this paper rely on the work of Amílcar de Araújo Falcão who advocates in favor of unrestrictive taxation of illicit income, and Ricardo Lobo Torres who, in opposition, postulates that the Government should not profit from practices frowned upon by the State itself. In addition, Alfredo Augusto Becker and Daniel Lin Santos are quoted as advocates of a more prudent analysis of each context aiming for equilibrium between the seemingly antagonistic criminal and tributary law. The conclusion that it is viable to charge tribute over illicit income, except for some caveats widely discussed throughout the text.

Key-words: Pecunia non olet principle. Taxation. Illicit practices.

A DIALÉTICA DOS SISTEMAS JURÍDICOS NO DIREITO BRASILEIRO COM A ACOLHIDA DA CULTURA DE PRECEDENTES: PERCEPÇÃO, ILUSÃO E RESULTADO

ANA PAULA SOARES DA COSTA SOSI

SOSI, Ana Paula Soares da Costa. **A dialética dos sistemas jurídicos no direito brasileiro com a acolhida da cultura de precedentes: Percepção, ilusão e resultado**. 102f. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2020.

Defesa em 04 de agosto de 2020.

Sala virtual na plataforma digital "zoom".

Orientador: Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta

RESUMO

As inserções atualmente ocorridas no processo constitucional brasileiro, principalmente aquelas ocorridas no processo civil com a inserção da figura do precedente, não são uma novidade no plano processual interno. Mesmo não se tratando de algo novo, essas inserções levaram-nos a indagar novamente o papel da jurisprudencialização do direito no Brasil. Primeiramente o estudo buscou elementos históricos do processo no Brasil, expandindo-se sequencialmente para um plano minucioso de onde se extrai os elementos dos principais sistemas jurídicos para compreensão do funcionamento da figura interpretativa e a formação do precedente em tradições distintas a partir de sua gênese estrutural. Nesse contexto, seguidos evidente e necessariamente dos elementos teórico-filosóficos que lhes dão sustentação, foi possível complementar a pesquisa pela análise dos elementos de ordem funcional praticado pelos tribunais (por mera funcionalidade descritiva), já que as inserções processuais principalmente arrimadas na figura do precedente são entre nós um elemento de política judiciária de gerenciamento de litigiosidade repetitiva, juntamente com outros mecanismos de contenção e prevenção pela jurisprudência vinculante e restritiva. A pesquisa recupera a história da jurisprudencialização do direito assentada principalmente nos motivos que levaram os tribunais a adoção de súmulas e precedentes como forma de controle de demandas de massa. O que se constata – uma repetição de controle de crescimento de demandas – dessa perspectiva nota-se que nenhuma metodologia utilizada pelos tribunais desde o Brasil império foi suficiente no gerenciamento do número de demandas. A contrário senso, o resultado colhido pelos tribunais estaduais e superiores ainda é o de crescimento exponencial do número de processos. Seria então o gerenciamento de litigiosidade repetitiva o meio adequado para compreender ou frear a morosidade dos tribunais? Os precedentes são figuras necessárias à administração da justiça e nesse percurso haveria similitude com os precedentes de outro (s) sistema (s)? A presente pesquisa busca então responder como esses mecanismos de contenção de demandas podem ou não contribuir no processo judicial democrático no Brasil e se o mecanismo do precedente se mostra adequado ou de possível utilização num universo jurídico diverso daquele que lhe deu origem.

Palavras-chave: Palavras-chave: Jurisprudência. Súmulas. Precedentes. Microsistema de Litigiosidade repetitiva. Tribunais superiores.

ABSTRACT

The insertions currently occurring in the Brazilian constitutional process, especially those that occurred in the civil process with the insertion of the preceding figure, are not new in the internal procedural plan. Even though it was not something new, these insertions led us to ask again the role of the jurisprudentialization of law in Brazil. First, the study sought historical elements of the process in Brazil, expanding sequentially to a detailed plan from which the elements of the main legal systems are extracted to understand the functioning of the interpretative figure and the formation of precedent in distinct traditions from its structural genesis. In this context, evidently and necessarily followed by the theoretical-philosophical elements that support it, it was possible to complement a research by analyzing the functional elements practiced by the courts (for mere descriptive functionality), since the procedural insertions mainly based on the preceding figure are among us an element of judicial policy for managing repetitive litigation, together with other mechanisms of containment and prevention by binding and restrictive jurisprudence. The research retrieves the history of jurisprudentialization of law based mainly on the reasons that led the courts to adopt precedents and precedents as a way of controlling mass demands. What can be seen - a repetition of demand growth control - from this perspective it can be seen that no application used by the courts since Brazil was sufficient in the management of the number of claims. Contrarily, the result obtained by the state and higher courts is still the exponential growth in the number of cases. Would repetitive litigation management then be the appropriate means to understand or stop the slowness of the courts? Are precedents demanding for the administration of justice and in that sense would there be similarities with the precedents of other system (s)? The present research then seeks to answer how these mechanisms of containment of demands may or may not contribute to the democratic judicial process in Brazil and whether the mechanism of the precedent is adequate or of possible use in a legal universe different from the one that gave rise to it.

Keywords: *Jurisprudence. Overviews. Precedents. Repetitive litigation microsystem. Higher courts.*

ANÁLISE DA IMPUNIDADE DOS AGENTES POLÍTICOS COM FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO, NA ESFERA PENAL, PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RANIERI JÉSUS DE SOUZA

SOUZA, Ranieri Jésus de. **Análise da impunidade dos agentes políticos com foro por prerrogativa de função, na esfera penal, perante o Supremo Tribunal Federal.** 2020. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2020.

Defesa em 07 de agosto de 2020.

Sala virtual na plataforma digital “zoom”

Orientador: Prof. Dr. Lucas Moraes Martins

RESUMO

O Brasil e outros países do mundo adotam o foro por prerrogativa de função, com o objetivo de dar proteção a funções públicas relevantes. Determinadas autoridades, em função dos cargos que ocupam, têm a prerrogativa de serem julgadas por um órgão colegiado e não por um juiz de primeira instância. A Constituição Brasileira de 1988 estabeleceu diversos casos de autoridade com foro por prerrogativa de função, definindo em qual tribunal estas autoridades são julgadas. Este estudo analisou se o foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal gera impunidade dos agentes políticos na esfera penal. A presente pesquisa foi desenvolvida no âmbito da vertente sociológico-jurídica, com a análise do foro por prerrogativa de função no âmbito jurídico e fático e teve como marco teórico os conceitos propostos para o instituto na Constituição da República e na obra “O foro privilegiado” de Lúcio Ney de Souza (2014). O trabalho foi desenvolvido com análise do direito comparado e das Constituições brasileiras. Apontaram-se entraves do sistema, como o número excessivo de autoridades com foro e a questão de o foro abranger crimes que ocorreram antes do momento em que a autoridade assumiu o cargo ou, ainda, crimes que não guardam conexão com a função exercida. Por fim, foram analisados dados levantados no Supremo Tribunal Federal quanto ao julgamento de inquéritos e ações penais que tramitam na Corte em função do foro por prerrogativa de função, no período de 2001 a 2016. Identificou-se que menos de 1% dos processos de foro por prerrogativa de função resultam em condenação em ações penais de competência originária do Supremo Tribunal Federal. Concluiu-se que o foro por prerrogativa de função gera impunidade dos agentes políticos na esfera penal.

PALAVRAS-CHAVE: Foro por prerrogativa de função. autoridades administrativas. Supremo Tribunal Federal. impunidade. sanção penal.

ABSTRACT

Brazil and other countries in the world adopt the forum as a function of prerogative, with the aim of protecting relevant public functions. Certain authorities, depending on the positions they hold, have the prerogative to be tried by a collegiate body and not by a judge of first instance. The Brazilian Constitution of 1988 esta-

blished several cases of authority with jurisdiction by function of prerogative, defining in which Court these authorities are judged. This study analyzed whether the forum for the prerogative of function in the Supreme Federal Court generates impunity for political agents in the criminal sphere. The present research was developed in the scope of the sociological-legal aspect, with the analysis of the forum by prerogative of function in the legal and factual scope and had as theoretical framework the concepts proposed for the institute in the Constitution of the Republic and in the work "The forum privileged" of Lúcio Ney de Souza (2014). Work carried out with analysis of the comparative law and of the Brazilian Constitutions. Barriers of the system were pointed out, such as the excessive number of authorities with jurisdiction and the question of whether the forum covers crimes that occurred before the moment when the authority took office or, still, crimes that do not have connection with the function performed. Finally, the results obtained in the Supreme Federal Court were analyzed in relation to the judgment of investigations and criminal proceedings that are pending before the Court due to the jurisdiction of the court, from 2001 to 2016. It was identified that less than 1% of the court cases on the prerogative of function result in condemnation in criminal proceedings within the jurisdiction of the Supreme Federal Court. It was concluded that the forum by prerogative of function generates impunity for political agents in the criminal sphere.

KEYWORDS: Forum by function prerogative. administrative authorities. Federal Court of Justice. impunity. penal sanction.

A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS, SOB DUAS HIPÓTESES: FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA OU MAJORITÁRIA?

FABRÍCIO DE ALMEIDA SILVA REIS

Reis, Fabrício de Almeida Silva. **A atuação do Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional das minorias, sob duas hipóteses: função contramajoritária ou majoritária?** 112 f. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2020. Disponível em: <https://repositorio.fumec.br/xmlui/handle/123456789/584>.

Defesa em 18 de agosto de 2020.

Sala virtual na plataforma digital "zoom"

Orientador: Carlos Victor Muzzi Filho

Co-orientador: Prof. Dr. Luis Carlos B. Gambogi

RESUMO

No âmbito da jurisdição constitucional, destacam-se apontamentos críticos, extraídos a partir de questionamento sobre a função contramajoritária das Cortes Constitucionais. Enquanto problema de pesquisa e à luz da teoria da essência da oposição ao Judicial Review de Jeremy Waldron e da teoria da tomada de decisões em uma democracia de Robert Alan Dahl, marcos teóricos da pesquisa, o trabalho indaga se a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), na proteção dos direitos de minorias, seria, majoritária. Como hipótese de pesquisa, diante do estudo da função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, tentar-se-á demonstrar se, nos exemplos colecionados por Luís Roberto Barroso, comprova-se essa atuação. A legitimidade do controle jurisdicional das leis depara-se com a dificuldade de se conjugar o princípio da separação de funções com o princípio democrático, objeção esta ao modelo norte americano do judicial review, conhecida como "dificuldade contramajoritária". Ao Judiciário cabe ser o intérprete e guardião da Constituição, cujas decisões repercutem nas demais esferas. Todavia, faltam-lhe credenciais democráticas diante de dissensos morais. Como objetivo geral, busca estabelecer uma linha histórica da jurisdição constitucional no Brasil, e concluir, com base em estudos de casos, se a atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção das minorias é, propriamente, contramajoritária. São objetivos específicos do trabalho analisar a jurisdição constitucional a partir das idiossincrasias nos sistemas de common law norte americano e civil law; analisar os principais sistemas de controle de constitucionalidade e sua realização pelo Judiciário; examinar as críticas à jurisdição constitucional, à luz da teoria da oposição ao Judicial Review de Jeremy Waldron e da tomada de decisões em uma democracia de Robert Alan Dahl; perquirir a atuação do Supremo Tribunal Federal acerca da proteção dos direitos das minorias, com estudo de casos para fins de comparação; e identificar quais seriam as duas hipóteses que afastam o argumento de que a atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção dos direitos das minorias, é uma regra geral e rotineira. A pesquisa se desen-

volve em vertente metodológica jurídico-sociológica, de perspectiva interdisciplinar, baseada em conceitos de teorias políticas e filosóficas do Direito, englobando as áreas de Direito Constitucional, Direitos Humanos e Direito Civil. Adotou-se, com preeminência, o raciocínio dedutivo, o método descritivo e a pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Controle judicial de constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Função contramajoritária. Minorias.

ABSTRACT

Within the scope of constitutional jurisdiction, critical notes stand out, extracted from questioning about the countermajoritarian function of the Constitutional Courts. As a research problem and in light of Jeremy Waldron's theory of the opposition to the Judicial Review and the theory of decision-making in a democracy by Robert Alan Dahl, theoretical frameworks of research, the work asks whether the action of the Supreme Court (STF), in the protection of minority rights, would be a majority. As a research hypothesis, given the study of the countermajoritarian function of the Supreme Court, we will try to demonstrate whether, in the examples collected by Luís Roberto Barroso, this performance is proven. The legitimacy of jurisdictional control of laws is faced with the difficulty of combining the principle of separation of functions with the democratic principle, an objection to the North American model of judicial review, known as "countermajoritarian difficulty". It is up to the Judiciary to be the interpreter and guardian of the Constitution, whose decisions have repercussions in other spheres. However, it lacks democratic credentials in the face of moral dissent. As a general objective, it seeks to establish a historical line of constitutional jurisdiction in Brazil, and to conclude, based on case studies, whether the role of the Supreme Federal Court in the protection of minorities is, properly speaking, countermajoritarian. The specific objectives of the work are to analyze constitutional jurisdiction based on idiosyncrasies in the systems of North American common law and civil law; to analyze the main constitutionality control systems and their implementation by the Judiciary; examining criticisms of constitutional jurisdiction, in light of Jeremy Waldron's theory of opposition to Judicial Review and Robert Alan Dahl's decision-making in a democracy; investigate the action of the Supreme Federal Court on the protection of minority rights, with case studies for comparison purposes; and to identify which are the two hypotheses that rule out the argument that the action of the Supreme Federal Court in protecting the rights of minorities, is a general and routine rule. The research is developed in a juridical-sociological methodological perspective, with an interdisciplinary perspective, based on concepts of political and philosophical theories of Law, encompassing the areas of Constitutional Law, Human Rights and Civil Law. Deductive reasoning, descriptive method and bibliographic, jurisprudential and legislative research were preeminently adopted.

Keywords: Constitutional jurisdiction. Judicial review of constitutionality. Federal Court of Justice. Countermajoritarian function. Minorities.

A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOBRE O PRISMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

REGIANE PRISCILLA MONTEIRO GONÇALVES

GONÇALVES, Regiane Priscilla Monteiro. **A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL**: Uma análise sobre o prisma dos direitos fundamentais. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2020.

Defesa em 21 de agosto de 2020.

Sala virtual na plataforma digital "zoom".

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Barroso Lima Brito de Campos

RESUMO

Recentemente foi instituído o termo violência obstétrica, atribuído à violência de gênero institucionalizada e praticada contra mulheres em situação de gestação. Socialmente enraizada e naturalizada em prol da relação de poder na relação médico paciente, ocorre mediante uma mecanização/mercantilização do processo do parto. Nesse processo, a mulher passa por um espécie de apropriação de seu corpo, que é estendido a todos os profissionais de saúde envolvidos na ação e que se concretiza em um tratamento desumanizado, abusivo de técnicas comprovadamente inúteis e consciente patologização dos processos naturais do parto. Atualmente o Brasil não conta com nenhuma legislação federal que positive ou mesmo conceitue as práticas da violência obstétrica. Enquanto o Projeto de Lei nº 7.633/14 permanece em tramitação no Congresso Nacional, o Judiciário responde a diversas demandas postas a julgamento, sobre o tema. Contextualizada a realidade advinda da violência obstétrica, o presente trabalho buscou responder os seguintes questionamentos: a violência obstétrica é capaz de ferir os direitos fundamentais das mulheres? E diante da omissão legislativa, como vem sendo o tratamento conferido pelo Judiciário brasileiro ao tema? Para responder a esses questionamentos, a presente pesquisa analisou quais seriam os impactos das omissões legislativas, no enfrentamento pelo Judiciário na proteção dos direitos fundamentais das mulheres e também do aviltamento dos princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana. Como marco teórico adotou-se a teoria de Robert Alexy, na conceituação de dignidade da pessoa humana, e, por fim, como forma de análise judicial da omissão legislativa Ronald Dworkin. Diante da multidisciplinaridade do tema, o material de pesquisa se concentrou nas áreas do Direito, mas, com importantes contribuições de temas específicos das ciências biológicas para explanação de temas de domínio exclusivo das áreas de saúde, como exemplo a episiotomia, manobra de kristeler, entre outros procedimentos médicos que, se mal empregados, são capazes de gerar a violência obstétrica. O tipo predominante de raciocínio para análise do material foi, portanto, o indutivo-dedutivo e, para a análise dos dados coletados dos acórdãos do STJ e STF, o qualitativo. Para consecução da pesquisa foram utilizados diversos procedimentos metodológicos complementares entre si, a saber, a pesquisa bibliográfica e a análise documental de acórdãos judiciais. As conclusões obtidas pela presente pesquisa foram suficientes para afirmar que a violência obstétrica culmina em verdadeira violação dos direitos fundamentais e também do aviltamento dos princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, instituindo um verdadeiro estado de exceção quando do assunto parto, o que não acontece, a exemplo, em outras áreas das ciências médicas, cujo consentimento livre e informado é requisito essencial a todo e qualquer procedimento. Concluiu ainda que o Judiciário, mesmo diante da ausência de

lei própria, vem sendo capaz de punir a conduta através de uma análise principiológica e fundamental dos direitos femininos. Por fim, concluiu que a humanização do parto, tão defendida pelo movimento Rehuna, pode contribuir para a minimização da violência obstétrica e o resguardo dos direitos fundamentais das mulheres.

Palavras-chave: Violência Obstétrica. Violação. Dignidade da pessoa humana. Direitos Fundamentais. Humanização do parto.

ABSTRACT

The term obstetric violence was recently instituted, attributed to institutionalized gender violence and practiced against pregnant women. Socially rooted and naturalized in favor of the power relationship in the doctor-patient relationship, it occurs through a mechanization / commercialization of the delivery process. In this process, the woman goes through a kind of appropriation of her body, which is extended to all health professionals involved in the action and which materializes in a dehumanized treatment, abusive of techniques proven useless and conscious pathologization of the natural processes of childbirth. Currently, Brazil does not have any federal legislation that positively or even conceptualizes the practices of obstetric violence. While Bill 7,633 / 14 remains in progress in the National Congress, the Judiciary responds to several demands put on trial on the subject. Contextualizing the reality arising from obstetric violence, the present study sought to answer the following questions: is obstetric violence capable of harming women's fundamental rights? And given the legislative omission, how has the Brazilian Judiciary handled the issue? To answer these questions, the present research analyzed what would be the impacts of legislative omissions, in the confrontation by the Judiciary in the protection of the fundamental rights of women and also the debasement of constitutional principles such as the dignity of the human person. As a theoretical framework, the theory of Robert Alexy was adopted, in the concept of human dignity, and, finally, as a form of judicial analysis of the legislative omission Ronald Dworkin. In view of the multidisciplinary nature of the theme, the research material was concentrated in the areas of law, but with important contributions from specific themes in the biological sciences to explain topics in the exclusive domain of the health areas, such as episiotomy, kristeler maneuver, among others. other medical procedures that, if misused, are capable of generating obstetric violence. The predominant type of reasoning for the analysis of the material was, therefore, inductive-deductive and, for the analysis of the data collected from the STJ and STF judgments, the qualitative. To carry out the research, several complementary methodological procedures were used, namely, bibliographic research and documentary analysis of judicial judgments. To carry out the research, several complementary methodological procedures were used, namely, bibliographic research and documentary analysis of judicial judgments. The conclusions obtained by the present research were sufficient to affirm that obstetric violence culminates in a true violation of fundamental rights and also the debasement of constitutional principles such as the dignity of the human person, establishing a true state of exception when it comes to childbirth, which does not happen, for example, in other areas of the medical sciences, whose free and informed consent is an essential requirement for any and all procedures. He concluded that the Judiciary, even in the absence of its own law, has been able to punish conduct through a fundamental and fundamental analysis of women's rights. Finally, he concluded that the humanization of childbirth, so defended by the Rehuna movement, can contribute to the minimization of obstetric violence and the protection of women's fundamental rights.

Keywords: Obstetric Violence. Violation. Dignity of human person. Fundamental rights. Humanization of childbirth.