Ano 8, vol. 2

Revista Eletrônica



A Revista da Comunidade Jurídica da Subseção de Joinville
Gestão 2022-2024

ISSN 2178-8693
revista.oabjoinville.org.br

REVISTA ELETRÔNICA DA OAB JOINVILLE

ISSN 2178-8693
revista.oabjoinville.org.br

CONSELHO EDITORIAL

Me. Adriano Selhorst Barbosa
Ma. Ana Catarina de Alencar
Dr. Cláudio Melquiades Medeiros
Ma. Janaína Silveira Soares Madeira
Ma. Maria de Lourdes Bello Zimath
Me. Thiago André Marques Vieira
Ma. Tamara Cristiane Geiser
Me. Jonathan Maicon Francisco
Dr. Rodrigo Meyer Bornholdt
Dra. Ana Carolina Lopes Olsen
Dr. Itamar Luís Gelain
Dra. Helena Schiessl Cardoso
Dra. Sirlei de Souza
Dra. Luana de Carvalho Silva Gusso
Dra. Patrícia de Oliveira Areas
Dr. Jeison Giovani Heiler
Dr. Thiago Reis e Souza
Dr. Daniel Rocha Chaves
Dra. Rosânia Campos

CONSELHO DE PARECERISTAS

Esp. Bárbara Madalena Heck da Rosa – Secretária
Esp. Carlos Henrique Ribas Pereira
Esp. Marina Du Bois

EDITORA CHEFE

Ma. Ana Catarina de Alencar

REVISTA ELETRÔNICA DA OAB JOINVILLE

v.2 n.8 2022 – Joinville/SC

ISSN 2178-8693

Revista Eletrônica da OAB Joinville	Joinville	Ano 8, vol. 2	p. 339	2022

REVISTA ELETRÔNICA DA OAB JOINVILLE

Diretoria OAB Joinville (2022/2024)
Óliver Jander Costa Pereira - Presidente
Janaína Silveira Soares Madeira - Vice-presidente
Guilherme Aquino Reusing Pereira - Secretário-geral
Rafael Luiz Siewert - Secretário-geral adjunto
Kathleen Zago Appi Lótici - Tesoureira

Coordenação da Revista Eletrônica OAB Joinville – Editora Chefe
Ana Catarina de Alencar

Editora Executiva
Marina Du Bois

Secretária
Bárbara Madalena Heck da Rosa

Desenvolvimento Web
Cristian Feldes

Contato
Rua Amazonas, 46 - Bairro Saguaçú
89221-050 - Joinville/SC - Brasil
revista@oabjoinville.org.br

Revista Eletrônica da OAB Joinville [recurso eletrônico] / Ordem dos Advogados do Brasil. Seção Santa Catarina. Subseção de Joinville. - v. 1, n. 1 (jul./dez. 2010)-. - Joinville: OAB Joinville, 2010-

Intermitente até 2011.
Interrompida em 2012.
Periodicidade semestral a partir de 2019.
Versão online disponível em: https://revista.oabjoinville.org.br/
Numeração alterada: ano 8, n.2, 2022
ISSN 2178-8693

1. Direito – Periódicos. 2. Advocacia – Periódicos. I. Ordem dos Advogados do Brasil. Seção Santa Catarina. Subseção de Joinville.

CDDir 340.05

Elaborado: Bibliotecária Alessandra Mara Schroeder CRB 14/679

SUMÁRIO

EDITORIAL
Ana Catarina de Alencar.....7

ARTIGOS

***CYBERBULLYING* E A RESPONSABILIDADE CIVIL DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO PRIVADA**
Adiel Naiara Martins e Regina Teresa Pinheiro da Silva.....8

REQUISITOS DE INELEGIBILIDADE AO CONSELHO FISCAL E AO COMITÊ DE INDICAÇÕES E AVALIAÇÕES EM EMPRESAS ESTATAIS DE CAPITAL ABERTO
Alessandra Halatiki Vicente e Letícia Sandri.....27

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE
Andressa Bueno Prussak.....44

MIGRAÇÕES TRANSNACIONAIS: OS REFLEXOS E DESAFIOS DE UMA PANDEMIA NO CONTEXTO DA INTENSA MOBILIDADE HUMANA TRANSNACIONAL
Carla Cristina Ferreira da Silva e Walter Barbieri Junior.....60

ABORTO: A VIDA PROTEGIDA DESDE OS ESTÁGIOS INICIAIS
Caroline Salles da Silva.....71

A LUTA PELA VIDA (DES)PROTEGIDA PELA SEGURIDADE SOCIAL: UM ENSAIO SOBRE DIREITO, LITERATURA E CINEMA
Clara Souza de Jesus, Rafaela de Souza e Albano Francisco Schmidt.....87

DISTANÁSIA: ATÉ QUANDO DEVE-SE PROLONGAR A VIDA?
Cristina Hreisemnou Raimundo.....102

INTERAÇÕES ENTRE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS (CPC, ART. 927): CRÍTICAS À (IN)APLICAÇÃO DO TEMA 854/RG-STF NO ARE 1.216.116-SC
Felipe Cidral Sestrem.....125

INEXECUÇÃO CONTRATUAL DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA
Fernando Garcia.....132

A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE O GANHO DE CAPITAL, QUANDO RECONHECIDO, ORIUNDO DA DIFERENÇA POSITIVA ENTRE O PREÇO DA AQUISIÇÃO DE UM BEM E O PREÇO DA TRANSFERÊNCIA DESTE AOS SUCESSORES, NA TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS, À LUZ DO ART. 23 DA LEI N.º 9.532/1997
Hellen Cristina Sales e Jaqueline da Silva Stein.....146

OS IMPACTOS NO ACESSO À JUSTIÇA DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19: UM ESTUDO SOBRE O ATENDIMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA DE JOINVILLE/SC
Henrique Pasqualini Martim.....164

GEOBLOCKING E _GEOPRICING_ COMO PRÁTICAS NOCIVAS AO TRATAMENTO DE DADOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO
Horan Bortolotti Czernay.....189

NECROPOLÍTICA E SISTEMA PENAL
Isadora Murara Chaves.....203

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: BREVE SÍNTESE E OS MEIOS DE PROTEÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO
Ivan Guimarães Pompeu, Italo Nogueira de Moro e Luanjir Luna da Silva.....224

A RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS E ADMINISTRADORES NA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PERANTE A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA – EFEITOS CÍVEIS
Julia De Simas Leal e Beatriz Regina Branco.....236

REFLEXÕES SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CONTEXTO DAS MÍDIAS DIGITAIS
Leandro Barbosa de Araujo e Francineide Barbosa de Araujo Costa.....254

DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES MIGRANTES NO BRASIL EM UMA PERSPECTIVA DO MERCOSUL
Lincoln Zub Dutra e Heggon Mario Balduino de Lima.....266

REFUGIADOS CLIMÁTICOS: O VAZIO LEGISLATIVO NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL COMO FATOR DE RISCO AOS DIREITOS HUMANOS
Lucas Filipe dos Anjos Schettert.....278

POVOS INDÍGENAS E COVID-19 NO BRASIL: UM ESTUDO SOBRE AS RECOMENDAÇÕES AO BRASIL NO MECANISMO DA REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL (RPU) DA ONU
Maria Fernanda de Oliveira e Fernanda Brandão Lapa.....291

A DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE RECEITA BRUTA PARA FINS DE INCIDÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS
Thiago Luis Bernardes.....308

A IMPORTÂNCIA DA IMPLEMENTAÇÃO DE MEDIDAS COMPENSATÓRIAS QUANDO DA OPERAÇÃO DAS PLATAFORMAS DE PETRÓLEO EM ALTO MAR
Vitória Ulmann Kinas e Luiz Gustavo Assad Rupp.....324

EDITORIAL

Como atual coordenadora da Revista Eletrônica da OAB, gostaria externar a minha gratidão para com os autores, membros da Revista e membros da Diretoria de nossa Subseção, eleita para o triênio 2022/2024.

Neste último triênio, vimos uma Revista atuante e participativa que contribuiu para a democratização do conhecimento jurídico em Joinville e região. Antes disso, não havia um periódico local contínuo, com periodicidade semestral, para a publicação de artigos científicos da área do Direito em nossa cidade.

Nada disso teria sido possível sem o trabalho competente e comprometido de nossa atual Vice-Presidente da Subseção, Dra. Janaína Madeira, no período em que esteve à frente da coordenação da Revista. O legado da Dra. Janaína Madeira tem muito a nos ensinar e servirá como um exemplar vivo. Um legado de quem acredita no compartilhar de ideias, na socialização do conhecimento jurídico e na capacitação dos operadores do Direito, também, pelo sistema OAB.

E isto nos traz à seguinte questão: por que escrevemos na Revista? Ou, por que temos uma Revista para nela escrevermos? Uma Revista científica não é um clube dos que gostam de escrever ou um amontoado de textos. Ela é uma comunidade de pessoas interessadas em produzir e divulgar conhecimento. Pessoas que entendem que o Direito se sustenta sobre algo essencial: o poder da palavra.

A palavra é o que cria vários artigos científicos. A palavra é o que cria edições e volumes de revistas. A palavra é o que faz surgirem os autores. Por isso, nossa missão é possibilitar que os autores continuem fazendo o uso da palavra e eternizando-a através de nossas edições.

Neste Segundo Volume do 8º Ano da Revista Eletrônica da OAB, viabilizamos este nobre propósito. Com isso, pretendemos contribuir para a construção de uma comunidade jurídica atuante e qualificada em Joinville e região.

Boa leitura!

Ana Catarina de Alencar
Coordenadora da Revista Eletrônica da OAB Joinville

CYBERBULLYING E A RESPONSABILIDADE CIVIL DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO PRIVADACIA DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

Adiel Naiara Martins[1]
Regina Teresa Pinheiro da Silva[2]

Resumo: Este artigo propõe estudar a possibilidade de responsabilizar civilmente a instituição de ensino privada com relação aos danos ocasionados em decorrência do *cyberbullying*, praticado entre crianças e adolescentes. Metodologicamente, amparou-se em pesquisa bibliográfica e análise de jurisprudências, que permitiram entendimento sobre o tema. Um dos principais aspectos analisados foi com relação à forma de responsabilidade civil atribuída a instituição de ensino privada quando ocorre o *cyberbullying*, em razão de sua omissão quanto ao tratamento, prevenção e conscientização do tema.

Palavras-chave: *Cyberbullying.* Lei 13.185/2015. Responsabilidade Civil.

Abstract: This article proposes to study the possibility of holding the private educational institution civilly responsible for the damage caused as a result of cyberbullying, practiced among children and adolescents. Methodologically, it was supported by bibliographic research and analysis of jurisprudence, which allowed understanding on the subject. One of the main aspects analyzed was in relation to the form of civil liability attributed to the private educational institution when cyberbullying occurs due to its omission regarding the treatment, prevention and awareness of the subject.

Key-words: Cyberbullying. Law 13.185/205. Civil Liability.

INTRODUÇÃO

Diariamente crianças e adolescentes sofrem com agressões que, muitas vezes, são consideradas “brincadeiras” pelos responsáveis e pelos educadores. Até tempos atrás, esta prática era considerada inofensiva, no entanto, com o passar dos anos, observou-se que pode causar sérios danos no desenvolvimento psicológico das vítimas.

Esse tipo de violência, na maioria das vezes, ocorrida entre crianças e adolescentes no ambiente escolar, é denominada como *bullying*, que pode ser caracterizada como: apelidos, chateações, agressões verbais, humilhações, entre outras. Com o avanço da tecnologia, as formas de praticar o *bullying* ganharam um novo ambiente: as redes sociais. Neste local, o agressor acredita estar impune, utiliza muitas vezes perfis falsos com o objetivo de praticar o *cyberbullying*.

A modalidade virtual do *bullying* passou a chamar mais atenção quando descobriu-se que estava por trás de muitas tentativas de suicídios de crianças e adolescentes, que até então passavam despercebidos por pais e professores, por considerarem brincadeiras pertencentes ao cotidiano escolar e acabavam interpretando como algo insignificante e, as vítimas, vendo-se sem o devido amparo, acabavam desenvolvendo quadros de depressão, síndrome do pânico, tendo como consequência a evasão escolar, pois as vítimas se sentiam inseguras frequentando o colégio.

Por ser um tema preocupante, merece atenção e mudança no plano de ação das instituições de ensino com relação à prevenção e desenvolvimento de programas de conscientização. O ambiente escolar é o local onde as crianças e adolescentes passam boa parte do seu dia, em algumas escolas privadas inclusive, o ensino é integral, portanto é necessário que seja um local saudável para os alunos, com orientação e devido amparo

1. Acadêmica de Direito pela Universidade Sociedade Educacional de Santa Catarina – UniSociesc. E-mail: adielnaiaraa@gmail.com.
2. Orientadora do artigo. Professora Ma. Regina Teresa Pinheiro da Silva.

quando necessário, mas principalmente, que ocorra a conscientização dos alunos com relação a prática do *bullying* e *cyberbullying*, pois a violência que se inicia no ambiente físico da escola, está se estendendo cada dia mais para o ambiente virtual, como grupos de *whatsapp* da sala de aula, para a página virtual da instituição (quando possuem), sendo um dever e responsabilidade da escola tratar casos que tenha conhecimento, visando o bem estar de todos os seus alunos.

Atualmente, o mundo ainda vive a pandemia do Covid-19, iniciado a partir de 2020 e, as instituições de ensino tiveram que se adaptar para uma nova realidade por meio do ensino virtual ou híbrido. Em decorrência disso, houve um aumento significativo da prática do *cyberbullying*, sendo este um motivo significativo para que o tema demande mais atenção do legislativo e das instituições de ensino.

O estudo proposto no presente artigo analisará o surgimento e desenvolvimento da internet e sua regulamentação no Brasil, por meio da Lei 12.965/2014 e abordará a possibilidade de responsabilizar civilmente a instituição de ensino privada com relação aos casos de *cyberbullying*, praticado entre crianças e adolescentes, com base na Lei 13.185/2015, no Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para responder ao problema de pesquisa, se utilizou a pesquisa bibliográfica, estruturada a partir de livros e artigos, visando análise e evidenciação da possibilidade de responsabilização da instituição de ensino privada em decorrência do *cyberbullying* praticado entre seus alunos.

Além disso, foi possível verificar a interpretação do judiciário a respeito do tema, através da análise de 02 (duas) jurisprudências, no qual se discutiu a questão da responsabilidade civil da instituição de ensino privada no que tange a reparação do dano sofrido pela vítima de *cyberbullying*.

1. MARCO CIVIL DA INTERNET - LEI Nº 12.965/2014

A internet surgiu durante o período histórico da guerra fria, ocorrida entre Estados Unidos e a antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. Em 1969 o Departamento de Defesa dos Estados Unidos (ARPA - *Advanced Research Projects Agency*) criou a Arpanet, um sistema de compartilhamento de informações entre pessoas distantes geograficamente, a fim de facilitar as estratégias de guerra, surgindo então o primeiro protótipo do que atualmente conhecemos como internet. No dia 29 de outubro de 1969 foi estabelecida a primeira conexão entre a Universidade da Califórnia e o Instituto de Pesquisa de Stanford, tendo sido um momento histórico, pois foi a data de envio do primeiro e-mail (LONGEN, 2019).

Segundo Longen (2019), “foi na década de 90 que o cientista, físico e professor britânico Tim Berners-Lee desenvolveu o primeiro navegador de internet, a World Wide Web (www), a Rede Mundial de Computadores - Internet”. Desde então, a internet se popularizou pelo mundo, com o surgimento de vários navegadores como Internet Explorer, Mozilla Firefox, Google Chrome, entre outros - aumentando cada vez mais o número de usuários das redes.

É inegável que a internet foi uma das maiores inovações do século XX, pois proporcionou o desenvolvimento da sociedade e da humanidade, fomentando a economia, que melhora e cresce cada dia mais com a comercialização de produtos e serviços por meio das redes, proporcionando o desenvolvimento de novas tecnologias que permanecem em constante evolução.

Conforme explicam Gomes e Sanzovo (2013, p. 125), o final do século XX e início do século XXI foram marcados pela evolução do ser humano e da sociedade como um todo, sendo proclamado no século XXI a era da disseminação de informação:

> O século XXI proclama uma nova era, a da disseminação de informação. Uma transformação tão avassaladora que seus efeitos sequer foram percebidos ou assimilados paulatinamente pela sociedade contemporânea. São mudanças que se infiltraram velozmente no meio social e, de repente, deram ensejo a uma nova geração, a geração interativa e digital. Vivemos no século da sociedade da informação. Se a década de 1990 inovou com a popularização e o acesso à internet, o século XXI renovou e aperfeiçoou este paradigma virtual, introduzindo dinamismo e interatividade ao universo digital.

A dez anos atrás, por exemplo, era inimaginável fazer uma ligação por vídeo e em tempo real para uma pessoa que estivesse do outro lado do mundo - hoje essa é nossa realidade, inclusive já utilizando realidade virtual aumentada. Na atualidade, viver sem o acesso às redes é impensável e, com o passar dos anos e a constante evolução da internet e dos meios tecnológicos, surgem então as redes sociais, os chats e atualmente a possibilidade de participar de aulas *on line*, em tempo real, onde alunos e professores se conectam por meio de sistemas próprios para finalidades de reuniões e aulas, como *Teams*, *Zoom*, *Google Meet*, Canvas, etc.

A tecnologia possibilitou a criação e principalmente a evolução dos celulares, que passaram para o formato dos smartphones, evoluindo diariamente conforme surgem novos modelos, muito mais completos, tecnológicos e compactos, temos a internet na palma das mãos com apenas um toque, os celulares atualmente fazem tudo, seus usuários têm acesso praticamente em tempo real das informações, notícias e acontecimentos ao redor do mundo, porém ao mesmo tempo distanciam cada dia mais as relações físicas entre as pessoas. Mas, ao mesmo tempo que o acesso à informação de maneira desenfreada trouxe benefícios, trouxe consigo problemas relacionados ao mal uso da ferramenta, surgindo a necessidade de disciplinar a forma de utilização da internet, visando minimizar prejuízos e danos gerados aos usuários.

Em 23 de abril de 2014 foi sancionada a Lei 12.965 que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Esta data ficou conhecida nacionalmente como o “Marco Civil da Internet.” Um fato curioso é que esta Lei foi elaborada por meio da participação popular, foi possível comentar e opinar sobre os artigos por meio das audiências públicas ou portais na internet relacionados ao projeto, como e-Democracia e e-Cidadania (CRUZ, 2020).

Martins (2020) explica que:

> [..] a referida Lei, apesar de muito esperada, foi inteiramente pautada no Princípio da Liberdade de Expressão, sobrepondo-o inclusive sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que é concepção existencialista da nossa Constituição Federal.

Tal sobreposição acaba criando a falsa percepção de que não há lei para quem pratica algum tipo de violência por meio da internet, o usuário do serviço pensa que pode tudo, amparado pelo Princípio da Liberdade de Expressão, tornando extremamente difícil para o usuário que se sente lesado buscar meios de reparação para um dano sofrido.

Este princípio ganhou espaço na sociedade após a ditadura militar, período em que a censura era constante, ganhando ainda mais força após o surgimento da internet, o que foi reafirmado com o advento da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), que trouxe

inúmeras garantias, entre elas a liberdade de expressão como princípio, no entanto a realidade vivenciada atualmente é outra, não havendo necessidade de que o sistema legislativo seja extremamente garantista.

A Lei 12.965/2014 tutela direitos já protegidos pelo Ordenamento Jurídico Pátrio, como o princípio da liberdade de expressão, porém no ambiente virtual. Cruz (2020) explica que:

> Mesmo que já houvesse na Constituição Federal e em outras legislações a proteção aos direitos de liberdade de expressão e privacidade, as normas devem estar em constante evolução para acompanhar as transformações da sociedade. Nesse caso, houve a necessidade de uma adequação às transformações advindas dos avanços tecnológicos.

Conforme se observa do caput do artigo 2º da Lei 12.965/2014, o princípio da Liberdade de Expressão foi considerado um fundamento: “A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como”. Contudo, não pode o legislador ordinário tutelar de maneira diferenciada os princípios já estabelecidos em nossa Carta Magna pelo legislador constituinte.

Em decorrência dessa sobreposição do princípio da Liberdade de Expressão sobre os demais princípios, trazida pelo Marco Civil da Internet, foi disciplinado pelo Conselho Federal de Justiça o enunciado 613 da VIII Jornada de Direito Civil o seguinte*:* “Enunciado Número 613 - A liberdade de expressão não goza de posição preferencial em relação aos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro”.

Atualmente, a internet influencia direta e indiretamente a vida de seus usuários, pois é através desta ferramenta que buscamos informações, entretenimento, estudamos, trabalhamos e até mesmo nos relacionamos, é muito fácil saber tudo sobre a vida de uma pessoa através de suas redes sociais, que são repletas de detalhes sobre o seu dia a dia, tudo é postado no *facebook*, *instagram* ou *twitter*, por exemplo.

Apesar de sobrepor o princípio da Liberdade de Expressão sobre os demais princípios, o Marco Civil da Internet trouxe benefícios para os usuários da internet, pois estabelece parâmetros a prestação do serviço no Brasil, consagrando o princípio da neutralidade da rede no artigo 3º, inciso IV: “tem a função de coibir ações abusivas praticadas pelas empresas na prestação do serviço de internet e telefonia, por exemplo limitando que os seus clientes acessem alguns sites ou serviços”, proporcionando assim, tratamento igualitário a todos (CRUZ, 2020).

O caput do artigo 9º da Lei 12.965/2014 consagra o princípio da neutralidade das redes “Art. 9º - O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma **isonômica** quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação (grifei).”

Sobre o princípio da neutralidade da rede, Dionísio (2018) explica que:

> A Internet, como reconhecida hoje, é fruto direto da liberdade enquanto valor-base para acesso à informação, à comunicação de ideias, à ideários políticos, às pesquisas científicas e à formulação de novas possibilidades de negócios entre seus agentes. Neste viés técnico entende-se que a estrutura aberta, interativa e complexa que dá lastro àquela possui uma importante premissa: a neutralidade de rede.
>
> […] este princípio corresponde ao tratamento isonômico dos dados transmitidos e recebidos por todos os usuários da Internet, para que todos, e cada um, de ponta a ponta, possam dela utilizar-se no exercício de suas liberdades individuais,

> comunicando-se por meio de qualquer dispositivo tecnicamente hábil e no uso dos programas e/ou aplicativos de sua predileção.

A seção III da Lei 12.965/2014, dos artigos 19 a 21, trata da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros, chamando atenção por não atribuir responsabilidade ao provedor de internet e, mais uma vez visando resguardar a liberdade de expressão, conteúdos somente serão retirados do ar caso haja uma determinação judicial para tanto, causando sentimento de insegurança jurídica para vítimas de crimes e atos de violência cometidos no ambiente virtual. Obviamente que, se algum usuário se sentir lesionado com alguma publicação, poderá solicitar a retirada, porém ficará a critério do provedor fazer retirada ou não, caso não ocorra de maneira amigável, o usuário lesionado deverá requerer a retirada do conteúdo pela via judicial.

A regulamentação da internet no Brasil demorou muito para ocorrer, tendo em vista que sua utilização teve início em nosso país em 1981, como se vê, somente 33 anos após o início de sua utilização houve de fato um diploma legal regulamentando seu uso e formas de fornecimento. Deve-se ressaltar que, mesmo a Lei 12.185/2014 tendo atribuído peso de fundamento ao princípio da liberdade de expressão, não há como considerá-lo absoluto, pois não pode colidir com os demais princípios que norteiam o nosso ordenamento jurídico, principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento basilar da República Federativa do Brasil.

Atualmente, o mundo passa por uma nova revolução na internet, com a chegada do metaverso, que pode ser definido como uma rede de mundos virtuais, que tenta replicar a realidade, com foco na conexão social. Entusiastas da proposta como Mark Zuckerberg, CEO da Meta, acreditam que esse é o futuro da internet e que nós interagiremos dentro desse universo em breve. A ideia é que as fronteiras entre o físico e o virtual sejam cada vez mais dissolvidas e nossos avatares se tornem uma extensão do nosso corpo (GOTO, 2022).

Pouco se sabe ainda sobre o metaverso, haja vista ser uma tecnologia em desenvolvimento, mas que aparentemente é o futuro de boa parte das relações virtuais, comerciais e pessoais e, consequentemente, precisará ser regulamentada, uma vez que gerará efeitos e possivelmente danos para seus usuários.

Observa-se que, compreender a forma de regulamentação da internet no Brasil e sua evolução é importante para adentrar ao tema do *cyberbullying*, violência sistemática que é praticada na rede virtual, pois muitos usuários que cometem ilícitos por meio das redes, buscam amparo no princípio da Liberdade de Expressão para tentar se esquivar de uma condenação ou reparação de danos na modalidade pecuniária.

2. O *CYBERBULLYING* E A LEI Nº 13.185/2015

O *bullying* recebeu importância e passou a ser objeto de estudo, já que pode ser considerado como gatilho para tentativas de suicídios de crianças e adolescentes. Os primeiros estudos sobre o *bullying* foram realizados na Suécia e Dinamarca em 1970, sendo posteriormente estudado em 1980 na Noruega. O estudo teve início com o Professor de Psicologia Dan Olweus, após ser divulgado o suicídio de três meninos entre 10 e 14 anos que sofriam com abusos vindos de seus colegas de escola, tendo surgido neste período o termo *bullying*, bem como as primeiras campanhas sobre o tema (FANTE, 2005).

Segundo Neves (2016, p. 28) “[...]no Brasil, este tipo de violência somente começou a ser estudada a partir de 2000, quando deixou de ser considerado uma simples

brincadeira de criança e passou a ser abordado pelos aspectos psicossociais, científicos e jurídicos".

Não há dúvidas que a evolução da tecnologia trouxe muitas coisas boas para a sociedade, como acesso à informação, possibilidade de aprendizagem com ensino e cursos gratuitos em diversas plataformas, porém juntamente com as coisas boas vieram as coisas ruins, como o uso da internet para outras finalidades, como a prática do *bullying* no ambiente virtual.

Mas, com todo esse avanço tecnológico, seria inevitável que o *bullying* não fosse praticado no ambiente virtual, principalmente com a facilidade de acesso à internet e às redes sociais, estando o acesso aos smartphones cada vez mais precoce entre as crianças. De acordo com o entendimento de Gomes e Sanzovo (2013, p. 130) o *cyberbullying* é o tipo de violência praticado por meios eletrônicos, através das redes:

> O cyberbullying é o bullying na modalidade virtual, ou seja, praticado por meios eletrônicos. As principais características da violência cyberespacial são: a) as vítimas não possuem nenhum lugar seguro para evitar a agressão, visto que podem ser atacadas em qualquer hora, em qualquer lugar; b) potencialização dos espectadores (que pode chegar a número muito expressivo, em razão das redes sociais); c) incremento da intensidade da ofensa; e d) possível anonimato do agressor.

Gomes e Sanzovo (2013, p. 135) explicam ainda que o *cyberbullying* não possui limites no tempo:

> [...] a modalidade digital do bullying (cyberbullying), que acontece dentro de um ambiente virtual, é desprovida de limites, horários ou espaço determinado para ocorrer. Trata-se de proliferação de uma violência não palpável ou mensurável, evidentemente mais nefasta que a delimitada no bullying tradicional, portanto, com maiores possibilidades danos ou catástrofes incomensuráveis.

Toda a evolução tecnológica vivenciada atualmente tem seu lado positivo, porém o uso universal das tecnologias de comunicação potencializou o *cyberbullying*, tendo em vista que o incremento dos ataques, da humilhação e da violência por meio dos telefones celulares e da internet é notório. O que antes acontecia fundamentalmente nas escolas ou nas suas imediações agora se tornou ubíquo (todos os lugares) e ininterrupto (GOMES, SANZOVO, 2013).

Neste sentido, Gomes e Sanzovo (2013, p. 130) o *cyberbullying* não pode ser ligado com a origem da agressão escolar no formato tradicional por ter surgido no século XXI:

> Embora represente uma espécie de bullying, o cyberbullying (ou seja, o bullying em seu formato virtual) não compartilha da mesma origem da agressão escolar tradicional (a qual é remetida ao surgimento da escola). Esta modalidade é fruto do século XXI, da era da informação e da expansão tecnológica.

Pais, educadores e toda sociedade precisão estar atentos, pois os reflexos na vida das vítimas podem ser inúmeros, haja vista estarem em fase de desenvolvimento. Se o *cyberbullying* não for tratado e sanado logo no início a tendência é que as vítimas se tornem introspectivas, ansiosas, depressivas, isolamento e não queiram frequentar o ambiente escolar, ou seja, os reflexos causados pelo *cyberbullying* são ainda mais graves do que os gerados pelo *bullying* convencional, pois a violência se perdura no tempo, não

sendo possível precisar seu alcance ou identificar quantas pessoas tiveram acesso, compartilharam ou fizeram download o conteúdo.

O médico e estudioso do assunto *cyberbullying*, Aramis Antônio Lopes Neto, descreveu o tema com base em algumas cenas do filme “As melhores coisas do mundo” (Brasil, 2010), dirigido por Laís Bodanzky, no qual há uma cena que retrata bem a característica da multiplicação exponencial dos espectadores da agressão do *cyberbullying*. A cena retrata o momento que uma adolescente tira uma foto expondo seu corpo para, possivelmente enviar ao seu namorado, porém, por motivos alheios à sua vontade, a imagem é divulgada na internet, ficando à disposição dos seus colegas de escola. Seu namorado ao ver a foto no celular de um colega tenta apagar do aparelho, porém o colega lhe responde: não adianta nada, já está na rede (GOMES, SANZOVO, 2013).

Essa característica de alcance ilimitado de espectadores gera na vítima da agressão sentimento de dano irreparável, pois seu compartilhamento pode não cessar, devido a impossibilidade de precisar o seu alcance, ou ainda, mesmo que o conteúdo seja retirado da rede, não há como saber se houve o seu download e futuramente o conteúdo volte a ser disponibilizado na rede, voltando a provocar danos na vida da vítima.

Outro filme que demonstra muito bem como ocorre o *cyberbullying* e seu efeito devastador para a vítima é o documentário produzido pela Netflix “O Dilema das Redes” (EUA, 2020), dirigido por Jeff Orlowski. O Documentário relata por meio de depoimentos de ex-funcionários de grandes empresas, como a Google, por exemplo, como a crescente evolução da tecnologia tem interferido no dia a dia e nas opiniões de seus usuários. Além dos depoimentos, no documentário é retratado a história de uma família compulsiva pelo uso do celular e as tecnologias que ele proporciona, entre eles a história de uma menina de 11 anos, que desenvolve problemas de autoestima quando tem sua aparência ridicularizada nas redes sociais, seus colegas de escola começam a fazer piada com o tamanho de suas orelhas.

Segundo Rezende e Calhau (2020) a gravidade do *cyberbullying* é superior à do *bullying*:

> E a gravidade dos atos de Cyberbullying é bem superior, como regra geral, do que os atos praticados no bullying tradicional, haja vista que por conta dos compartilhamentos às ofensas ou ameaças podem ser distribuídas, em pouco tempo, para milhares de internautas, atravessando estados, países, em ultra velocidade em caso de viralização dos compartilhamentos, com objetivo claro de causar um grande sofrimento emocional na vítima, enquanto no bullying tradicional, em regra, se limitam a uma sala, colégio, etc.

Combater o *cyberbullying* é uma obrigação das instituições de ensino, pois a sua prática, na maioria dos casos, foi desencadeada no ambiente escolar, onde muitas vezes os próprios educadores acabam sendo omissos e, consequentemente, essa violência que teve início nas dependências do ambiente escolar, será transferida e continuada no ambiente virtual, causando ainda mais danos para as vítimas. Além da obrigação das escolas, o legislativo também possui o dever de auxiliar nesse combate, com a edição de leis e medidas que sejam fiscalizadas.

De acordo com Gomes e Sanzovo (2013, p. 132) em 2009 foi realizada a primeira pesquisa em âmbito nacional com crianças e adolescentes, visando identificar o alcance da violência sistemática:

> Em 2009, a ONG Plan Brasil desenvolveu a primeira pesquisa nacional sobre bullying escolar retratando a incidência do fenômeno em seu formato tradicional e virtual. De acordo com os resultados, constatou-se que a presença do bullying não é realidade apenas das escolas brasileiras (cuja incidência foi de 10%), mas agressões e maus-tratos entre colegas restaram evidências também no ambiente virtual, com índice de 17% de toda a amostra averiguada, superior ao bullying convencional.

Segundo Schreiber (2018), o Brasil é o segundo país no ranking mundial em crianças e adolescentes que sofrem com a prática de *cyberbullying*:

> O Brasil já é o segundo país no ranking mundial em que crianças e adolescentes mais sofrem com cyberbullying, perdendo apenas para a Índia. Reportagem recente publicada em agosto deste ano mostrou, ainda, que, a cada dez professores, quatro já ajudaram alunos que vinham sofrendo cyberbullying. O problema reflete-se também na nossa jurisprudência, em que o número de ações de responsabilidade civil e criminal envolvendo prática de cyberbullying tem crescido ano a ano.

Conforme relata Bretas (2018), três em cada 10 pais respondeu a uma pesquisa mencionando que seus filhos já foram vítimas de *cyberbullying* e que a maioria das agressões vieram de um colega de classe:

> Uma pesquisa global sobre cyberbullying (agressões registradas na internet) mostra que o Brasil é o segundo país em que as ofensas em meios digitais são mais frequentes.
> De acordo com o levantamento, realizado pelo Instituto Ipsos entre 23 de março e 6 de abril com 20,8 mil pessoas, 29% dos pais ou responsáveis brasileiros consultados relataram que os filhos já foram vítimas de violência online. Na sondagem anterior, divulgada em 2016, esse índice era de 19%.
> O Brasil só perde da Índia, onde 37% disseram que as crianças ou adolescentes foram tratados de forma ofensiva – a média global é de 17%.
> A pesquisa mostra ainda que mais da metade dos pais brasileiros afirma que as agressões virtuais vieram de um colega de classe do filho – a maior parte delas por meio das redes sociais.

Diante do aumento significativo da prática da violência sistemática, em 2015 foi sancionada a Lei 13.185, que instituiu o programa de combate ao *bullying*. A referida Lei fixou obrigações para as instituições de ensino, principalmente no que diz respeito a criação de campanhas de conscientização contra a prática do *bullying* e *cyberbullying*, porém está repleta de lacunas e omissões legislativas.

O *bullying* foi definido pelo legislador como intimidação sistemática, tendo seu conceito esculpido no artigo 1º, §1º da Lei 13.185/2015:

> Art. 1º Fica instituído o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying) em todo o território nacional.
> § 1º No contexto e para os fins desta Lei, considera-se intimidação sistemática (bullying) todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas.

Importante destacar que o legislador fez menção ao *cyberbullying* tão somente no artigo 2º, parágrafo único da Lei 13.185/2015:

> Art. 2º Caracteriza-se a intimidação sistemática (bullying) quando há violência física ou psicológica em atos de intimidação, humilhação ou discriminação e, ainda:
> I - Ataques físicos;
> II - Insultos pessoais;
> III - comentários sistemáticos e apelidos pejorativos;
> IV - Ameaças por quaisquer meios;
> V - Grafites depreciativos;
> VI - Expressões preconceituosas;
> VII - Isolamento social consciente e premeditado;
> VIII - Pilhérias.
> **Parágrafo único. Há intimidação sistemática na rede mundial de computadores (cyberbullying), quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial.** (grifei)

O *cyberbullying* não é mencionado nos demais artigos do diploma legal, porém é incontestável que todos os dispositivos também devem ser aplicados ao *cyberbullying*, pois não faria sentido o legislador incluir seu conceito no texto da Lei, se não pretendesse a aplicação das demais normas trazidas para esta prática.

Já no artigo 4º da Lei 13.185/2015 foram estabelecidos os objetivos do programa de combate à intimidação sistemática:

> Art. 4º Constituem objetivos do Programa referido no caput do art. 1º:
> I - Prevenir e combater a prática da intimidação sistemática (bullying) em toda a sociedade;
> II - Capacitar docentes e equipes pedagógicas para a implementação das ações de discussão, prevenção, orientação e solução do problema;
> III - Implementar e disseminar campanhas de educação, conscientização e informação;
> IV - Instituir práticas de conduta e orientação de pais, familiares e responsáveis diante da identificação de vítimas e agressores;
> V - Dar assistência psicológica, social e jurídica às vítimas e aos agressores;
> VI - Integrar os meios de comunicação de massa com as escolas e a sociedade, como forma de identificação e conscientização do problema e forma de preveni-lo e combatê-lo;
> VII - Promover a cidadania, a capacidade empática e o respeito a terceiros, nos marcos de uma cultura de paz e tolerância mútua;
> VIII - Evitar, tanto quanto possível, a punição dos agressores, privilegiando mecanismos e instrumentos alternativos que promovam a efetiva responsabilização e a mudança de comportamento hostil; (grifei)
> IX - Promover medidas de conscientização, prevenção e combate a todos os tipos de violência, com ênfase nas práticas recorrentes de intimidação sistemática (bullying), ou constrangimento físico e psicológico, cometidas por alunos, professores e outros profissionais integrantes de escola e de comunidade escolar.

O inciso II do artigo 4º da Lei 13.185/2015 estabelece que um dos objetivos do programa é a capacitação dos docentes e equipes pedagógicas para a implementação das ações de discussão, prevenção, orientação e solução do problema, mas houve omissão sobre a forma que serão capacitados e para qual órgão será atribuída a responsabilidade por esta capacitação.

Neste sentido, Josué (2017) esclarece acerca da omissão do inciso II do artigo 4º:

> […] que afirma que irá capacitar docentes e equipes pedagógicas na solução dos problemas decorrentes de bullying, visando, ainda, a prevenção, algo que poderia ser visto por alguns como tentativa de cessar as agressões, mas o questionamento que resta é como o governo pretende realizar tal ato e quando, pois, resta claro, a partir das consequências desses atos, a urgência de medidas, ainda que preventivas.

Ainda, da leitura do artigo 4º, inciso VIII da Lei 13.185/2015 é possível verificar que o legislador determinou que seja evitada, tanto quanto possível, a punição dos agressores, optando pela comunicação não violenta para resolução dos problemas envolvendo o tema, criando uma percepção de impunidade para o agressor, pois não houve menção do tipo de punição caso o diálogo não surta efeitos.

Privilegiar mecanismos e instrumentos alternativos como a comunicação não violenta, visa a efetiva responsabilização e mudança no comportamento hostil do agressor, sendo uma premissa estabelecida no artigo 4º, inciso VIII da Lei 13.185/2015 (LIMA, 2019), contudo, tal premissa é temerária, pois o agressor pode se valer da ausência de punições fixadas na Lei para tentar se esquivar de uma possível responsabilização, inclusive pleitear por punições mais brandas, uma vez que a Lei faz menção que deve ser “evitado tanto quanto possível” a punição dos agressores, dando brecha para que a agressão inclusive continue, pois não há punibilidade fixada.

Conforme cita Lima (2019), o advento das ferramentas tecnológicas trouxe possibilidades de riscos e danos bem maiores para as vítimas de violência sistemática praticada no ambiente virtual:

> Vale dizer, que com as ferramentas tecnológicas, os riscos e danos são bem maiores, tendo em vista seu maior potencial lesivo. Deve-se levar em conta também, que a situação vexatória tem alcance global, exposição 24 horas por dia e sete dias por semana, fácil replicação, praticamente proliferação imediata, além de difícil remoção do conteúdo na rede mundial de computadores.

A Lei 13.185/2015 demonstra muita fragilidade, pois o fato de o legislador estabelecer no inciso VIII do artigo 4º que “se deve evitar a punição do agressor” pode causar interpretações subjetivas do diploma legal, uma vez que não está estabelecido qual o tratamento adequado para cada tipo de agressor. Também não fica clara como o agressor deverá ser abordado, bem como se será levado em conta algum tipo de patologia de base (caso haja), a presença de indícios de desvio de caráter ou personalidade na faixa etária de crianças e adolescentes, questionando-se como seria eventual punição nestes casos, ou seja, qual o tratamento seria dado ao agressor caso possua algum tipo de transtorno mental, uma vez que a Lei não faz tal previsão (FREITAS, 2016).

Com relação ao atendimento e amparo das vítimas, o legislador também foi omisso e a Lei se mostra questionável, vez que houve menção somente no inciso V do artigo 4º, o qual menciona que deverá ser prestado assistência psicológica, social e jurídica às vítimas.

Freitas (2016) menciona ainda que não há clareza sobre como serão tratadas as vítimas no texto da Lei 13.185/2015:

> […] tudo indica que essas serão encaminhadas para avaliação e tratamento na rede de saúde disponível. Infelizmente, não tem havido incentivo suficiente em toda a Saúde Pública no tocante a recursos destinados a este fim. No tocante à Psiquiatria da Infância e Adolescência, a situação consegue ser ainda pior: há

> poucos serviços disponíveis em todo o país, quase sempre localizados em capitais e grandes centros. Muitos desses serviços estão sobrecarregados em termos de demanda de pacientes. Adicionalmente, a política de saúde pública prega o fechamento de leitos em hospitais psiquiátricos e abertura de novos CAPs para crianças e adolescentes. Todavia, apenas aquela ação política tem sido feita. Não tem havido abertura de novos leitos e serviços em Psiquiatria da Infância e Adolescência e a tendência é que os poucos leitos existentes sejam fechados devido a questões de natureza política e ideológica e não técnica.

A não implementação dos programas anti*bullying* previstos no artigo 4º da Lei 13.185/15 demonstra desídia e omissão dolosa por parte da direção das escolas, por trazerem prejuízos concretos ao ambiente escolar e desrespeitarem um dever jurídico específico criado para proteger os alunos de agressões de *bullying* e *cyberbullying* (REZENDE, CALHAU, 2020).

Mesmo com suas omissões, a Lei 13.185/2015 torna fundamental o papel das instituições de ensino fomentar o debate, informar sobre o problema e conscientizar os alunos sobre a prática, conforme descrito no artigo 5º*:* "É dever do estabelecimento de ensino, dos clubes e das agremiações recreativas assegurar medidas de conscientização, prevenção, diagnose e combate à violência e à intimidação sistemática (bullying).*"*

No artigo 6º da Lei 13.185/2015 é fixada obrigação para as instituições de ensino (sejam elas públicas ou privadas) produzirem e publicarem relatórios bimestrais das ocorrências de intimidação sistemática nos Estados e Municípios para planejamento das ações. O legislador novamente incorreu em omissão neste dispositivo, pois não estabeleceu como deverão ser feitos os relatórios e qual a sanção será aplicada para as instituições de ensino e entes federativos caso haja descumprimento do que foi estabelecido

Sendo um tema de tanta relevância social, a Lei 13.185/2015, que demorou tanto para ser instituída e, mesmo sendo admirável a atitude do legislador em instituir um programa de combate à intimidação sistemática, é extremamente curta e cheia de lacunas, o dispositivo legal é vago, não trazendo a forma como os educadores serão capacitados, formas de emissão, controles e divulgação de relatórios sobre casos de *bullying* e *cyberbullying*. Sobre o *cyberbullying*, tema tão atual e preocupante, o legislador foi extremamente omisso e inclusive negligente ao trazer apenas o seu conceito, uma vez que os efeitos da intimidação sistemática praticada no formato virtual podem ser muito mais gravosos do que no formato convencional.

Observa-se que a Lei 13.185/2015 foi sancionada um ano após a Lei que estabeleceu o Marco Civil da Internet, ou seja, ambos os dispositivos legais foram omissos referente ao *cyberbullying*, assunto de tamanha relevância social, pois as crianças e adolescentes de hoje, serão os adultos do futuro, sendo imprescindível que toda a sociedade tenha preocupação e zelo com seu desenvolvimento, visando evitar que sejam adultos com problemas de relacionamento e convívio social.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO PRIVADA EM RELAÇÃO AOS DANOS DECORRENTES DO *CYBERBULLYING*

A infância é período da vida no qual a criança começa a desenvolver seu caráter e sua personalidade, servindo de base fundamental para moldar sua adolescência e o seu futuro na vida adulta, sendo necessário que todas as figuras presentes no seu desenvolvimento trabalhem harmonicamente para manter um ambiente saudável para o

seu convívio, em qualquer meio da sociedade: em casa, na comunidade e principalmente no ambiente escolar.

O artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”. Já o artigo 3º do referido diploma legal dispõe que todas as crianças e adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana:

> Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Nesta mesma linha, o artigo 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente confirma que toda criança e adolescente tem direito à liberdade, ao respeito e à dignidade enquanto como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis, reafirmando assim o princípio da dignidade da pessoa humana, que é um fundamento da República, conforme dispõe o artigo 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil.

Evidente, portanto, o dever atribuído à toda sociedade de garantir um ambiente saudável e adequado para o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente enquanto sujeitos de direitos. O artigo 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que é dever de todos zelar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. O *cyberbullying* é uma forma de violência, causador de sérios danos psicológicos à vítima, sendo dever da escola intervir em casos que tenha conhecimento para cessar a violência e conscientizar todos os agentes que constituem o ambiente escolar sobre o tema, bem como preparar sua equipe pedagógica para que saiba como lidar com este problema.

A instituição de ensino privada fornece serviços de educação por concessão do Estado, para exercer o serviço que deveria ser prestado por ele, ou seja, trata-se de empresa privada, fornecedora de serviços educacionais. Dessa forma, há necessidade de respeitar sua função social enquanto empresa e garantir que não haja nenhum tipo de vício no fornecimento de seus serviços.

Neste diapasão, Neves (2016, p. 129) explica que: “A função social da empresa é decorrência necessária da função social da propriedade, condicionando o exercício da atividade empresarial à justiça social, por meio da Constituição Federal”.

É um dever do fornecedor de serviços dar ao objeto da empresa destino determinado, cujo objetivo corresponde ao interesse coletivo, sendo dever do proprietário do negócio, ratificado pela legislação, uma vez que exerce o direito da livre iniciativa.

Nesta perspectiva, é dever do proprietário da instituição de ensino privada, enquanto empresa fornecedora de serviços, garantir que sua função social seja atendida, que o fornecimento do serviço de educação seja adequado e de qualidade, compreendendo todo o ambiente escolar, proporcionado para os alunos, principalmente crianças e adolescentes, que estão em fase de desenvolvimento, tendo em vista que a função social da empresa não impõe limites ao proprietário do negócio, mas o torna responsável pelos impactos sociais que produz em seu âmbito interno e externo (NEVES, 2016).

De acordo com Neves (2016, p. 135) “Os estabelecimentos de educação privada são obrigadas a cumprir os três eixos da educação: a educação como fator de desenvolvimento humano, exercício da cidadania e qualificação para o trabalho”, desta forma, não conscientizando seus alunos sobre os prejuízos que o *bullying* e *cyberbullying* podem causar na vida de uma vítima, as escolas estarão deixando de cumprir todos os três eixos da educação, pois uma das consequências da violência sistemática, seja ela na forma convencional ou virtual, é a evasão escolar, não sendo possível desenvolver uma criança ou adolescente que não quer frequentar o ambiente escolar e, consequentemente, não haverá exercício de cidadania e, igualmente não haverá qualificação para o mercado de trabalho.

Mesmo com omissões em seu texto, a Lei 13.185/2015 fixou obrigações para as instituições de ensino, abrangendo também as instituições privadas e, a partir do momento que o referido diploma legal entrou em vigor e passou a gerar efeitos jurídicos, passaram a ter o dever de combater, estimular o debate e conscientizar seus alunos com relação à prática do *cyberbullying*.

Além da obrigação citada na referida Lei, caso haja omissão por parte da instituição de ensino com relação à prática da violência sistemática na modalidade virtual, ela poderá ser responsabilizada civilmente pelos danos ocasionados para as vítimas. Neves (2016, p. 69) explica que a violação de um direito implica no dever de reparação:

> Toda manifestação da atividade humana, em regra, envolve a questão da responsabilidade. A violação de um dever de conduta implica em reparação por parte do infrator (ou de outrem), na mesma medida do dano que causou, de modo a restabelecer o status quo ante.

O descumprimento deste dever de não lesionar o outro gera um desequilíbrio, uma injustiça, perante a situação jurídico-patrimonial da vítima. O Direito busca a recolocação do ofendido na mesma situação em que se encontrava antes do ato ilícito ocorrer ou, ao menos, a compensação do desfalque patrimonial com o equivalente econômico.

Vilen (2021) explica que “existem duas espécies de responsabilidade civil: a) subjetiva, que leva em consideração a culpa do indivíduo e, b) objetiva, que se baseia no risco da atividade desenvolvida por aquele que causou o dano”.

O instituto da responsabilidade civil está previsto no artigo. 927 do Código Civil, estando previsto no caput a subjetiva e no parágrafo único a objetiva:

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Com base nesse dispositivo legal que a responsabilidade civil objetiva foi inserida no direito brasileiro, sendo direcionada aos fornecedores e prestadores de serviço por meio do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, estando diante de uma relação de consumo, serão aplicados os artigos. 12 a 14 do Código de Defesa do Consumidor (VILEN, 2021).

Para haver uma relação de consumo, é necessário a presença de três elementos: um consumidor, um fornecedor e um produto/serviço que ligue um ao outro. É requisito objetivo de existência, de modo que, para haver relação de consumo, necessariamente,

deve haver, concomitantemente, os três elementos (SILVA, 2019). Dessa forma, se tratando de instituição de ensino privada, evidente que há relação de consumo, vez que existe um a) consumidor, que é o educando; b) fornecedor, que é a instituição de ensino e, c) produto/serviço, que é a educação.

O *cyberbullying* é contrário aos direitos fundamentais e objetivos do Estado Democrático de Direito, ou seja, quando a criança e adolescente são vítimas dessa violência, o princípio da dignidade da pessoa humana é ferido, é propagado o preconceito e discriminação em suas mais diversas modalidades, prejudicando a saúde física e mental da vítima, além de obstaculizar o direito social à educação, por ser um fator provocador de evasão escolar, impossibilitando o desenvolvimento das habilidades sociais do estudante e, por sua vez, o exercício da cidadania (NEVES, 2016), isto é, para configurar a responsabilidade civil, mesmo sendo aplicada a teoria do risco, precisa ocorrer um dano para a vítima, devendo ser reparado o prejuízo sofrido.

Dessa forma, percebe-se que, caso o *cyberbullying* ocorra e não seja dado o devido tratamento para cessá-lo, a instituição de ensino pode ser responsabilizada, com base no risco da atividade prestada e sua função social, que se estende para além da atividade prestada, posto que, tem o dever de conscientizar os alunos com relação aos danos que esta violência pode causar, por força dos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 927, parágrafo único do Código Civil, cumulados com o artigo 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo reparar o dano sofrido pela vítima, vez que a violência teve origem e início em suas dependências.

Esse foi o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais ao julgar a Apelação Cível 1.0024.10.142345-7/002:

> APELAÇÃO CÍVEL - ABALOS PSICOLÓGICOS DECORRENTES DE VIOLÊNCIA ESCOLAR - BULLYING - ESTABELECIMENTO DE ENSINO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA - DANO MORAL CONFIGURADO - REFORMA DA SENTENÇA. Na espécie, restou demonstrado que o autor sofreu agressões verbais e física de um colega de sala, que foram muito além de atritos entre adolescentes, no interior da Escola no ano de 2009. Trata-se de relação de consumo e a responsabilidade da ré, como prestadora de serviços educacionais é objetiva, bastando a simples comprovação do nexo causal e do dano. Além disso, as agressões noticiadas na inicial e comprovadas, por si, só, configuram dano moral cuja responsabilidade de indenização é da Instituição de Ensino, em razão de sua responsabilidade objetiva. Muito embora o Colégio tenha tomado algumas medidas na tentativa de contornar a situação, tais providências não foram suficientes para solucionar o problema, uma vez que as agressões continuaram até a ocorrência da agressão física. O Requerido não atentou para o papel da escola como instrumento de inclusão social. A reparação moral tem função compensatória e punitiva. A primeira, compensatória, deve ser analisada sob os prismas da extensão do dano e das condições pessoais da vítima. A finalidade punitiva, por sua vez, tem caráter pedagógico e preventivo, pois visa desestimular o ofensor a reiterar a conduta ilícita. Sobre os danos morais incidirão juros de mora desde o evento danoso (Súmula nº 54 do STJ). A fixação dos honorários advocatícios nas decisões de natureza condenatória é arbitrada com base no valor da condenação, na forma do art. 20, § 3º, do CPC. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.10.142345-7/002, Relator(a): Des.(a) Tibúrcio Marques , 15ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 25/04/2013, publicação da súmula em 03/05/2013).

No caso em comento, as agressões sofridas pelo aluno iniciaram nas dependências da escola e já haviam sido comunicados para a direção da instituição, que

nada fez. A violência, no entanto, se estendeu para um site da escola, onde o agressor postou difamações sobre a vítima e, mesmo a mãe do estudante procurando a direção da escola para resolver a situação do *bullying* convencional e virtual, nada foi feito. Diante de todas as provas juntadas nos autos, o dano foi reconhecido e a escola foi condenada com base na responsabilidade civil objetiva.

Nesse mesmo diapasão, entendeu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar Apelação Cível 1005424-42.2019.8.26.0001, envolvendo caso de *bullying* escolar convencional, que se estendeu para a modalidade de *cyberbullying*:

> APELAÇÕES CÍVEIS – Indenização por Danos Morais – Autora (menor representada) que é aluna do colégio réu, e diz que a despeito de ter sido vítima de bullying praticado por colegas, o que foi comunicado à coordenação e direção da escola, não teve respaldo adequado da instituição, o que lhe causou grave abalo psicológico – Sentença de parcial procedência, apenas para condenar a ré na obrigação de fazer consistente em transferir a menor de sala de aula, o que já foi cumprido no curso da ação – Insurgência de ambas as partes – Acolhimento parcial somente da insurgência da autora – Elementos coligidos aos autos indicando que houve três episódios principais de bullying sofridos pela autora no ambiente escolar, certo de que todos eles foram comunicados à direção do colégio – Um dos episódios envolveu ameaça feita à autora por outra colega, utilizando uma faca – Conduta da ré que se restringiu a advertir e orientar os alunos responsáveis pelas ofensas, bem como os pais deles, medidas que não se revelaram eficazes, já que outros episódios e provocações ocorreram posteriormente – Ausência de resposta da ré quanto aos pedidos de instalação de câmeras de segurança no colégio, bem como de transferência da autora de unidade escolar, formulados pela genitora da menor – Gravidade das ameaças, sobretudo aquela em que houve a utilização de faca, que demandava uma ação mais eficiente da ré, ante o risco à integridade física da autora e de outros alunos menores – Ausência de provas de que a faca utilizada pela aluna era de plástico – Ainda que o utensílio fosse de plástico, o grau de violência da colega da autora em ameaçá-la com o talher evidencia elevado grau de violência, o que demandaria conduta incisiva da instituição de ensino, que se restringiu a fazer reunião para uma conversa, não solucionando o problema, já que pequenas provocações, e afrontas mais sérias continuaram acometendo à autora - Relatório da psicóloga responsável pela autora que é claro sobre o abalo decorrente dos episódios - Danos morais e fato do serviço prestado que, nesse cenário, estão configurados – Reparação moral fixada em R$2.000,00, dadas as especificidades do caso concreto – Obrigação de fazer para transferência de sala de aula que deve ser mantida – Sentença reformada apenas para, ao lado da transferência de sala, condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais – RECURSO DA RÉ DESPROVIDO, SENDO PARCIALMENTE PROVIDO O DA AUTORA. (TJSP; Apelação Cível 1005424-42.2019.8.26.0001; Relator (a): Rodolfo Pellizari; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I - Santana - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/03/2021; Data de Registro: 08/03/2021)

No caso acima, mesmo a mãe da aluna tendo acionado a coordenação da instituição de ensino privada, ela se manteve inerte, apenas transferindo à criança ou adolescente de sala, contudo, a violência começou a ocorrer em outros momentos de convivência mútua, como intervalo, se estendendo para o ambiente virtual, configurando assim o *cyberbullying*. Considerando que a instituição não agiu com o dever de guarda e houve falha na prestação de serviço, visto que foi acionada e nada fez, o entendimento do TJSP foi no sentido de manter a condenação já atribuída para a instituição de ensino em primeira instância.

Sendo assim, após a leitura dos julgados, observa-se que a instituição de ensino privada responde civilmente de forma objetiva pelos danos decorrentes da prática de *cyberbullying*, uma vez que tal responsabilização independe de comprovação de culpa em razão do risco de sua atividade, por força da legislação atualmente vigente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei que institui o Marco Civil da Internet sobrepõe o princípio da liberdade de expressão em detrimento dos demais princípios, sobretudo ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, consagrado em nossa Constituição Federal (Brasil, 1988), fornecendo o falso aspecto de que pode tudo no ambiente virtual, pois o princípio da liberdade de expressão embasa esse sentimento. Tal princípio deve sim existir, porém utilizado dentro dos limites e de maneira dosada, para que não tenha sua aplicabilidade colocada em dúvida, pois o direito de outrem não pode ser ferido em detrimento da liberdade de expressão.

Outro ponto que pôde ser observado no presente artigo foi a fragilidade e omissão do nosso sistema legislativo sobre o *cyberbullying*, demonstradas ao analisar a Lei 13.185/2015, que é repleta de lacunas e omissa em muitos aspectos, gerando na vítima da violência total sensação de desamparo. Considerando toda a omissão na Lei 13.185/2015, a vítima de *cyberbullying* deverá recorrer ao Código de Defesa do Consumidor e Código Civil para ter seus direitos resguardados e reparação do dano sofrido.

O *cyberbullying* é um assunto sério, deve ser tratado inclusive como questão de saúde pública, demandando mais atenção dos nossos legisladores, entes federativos e estabelecimentos de ensino, pois possuem o dever de zelar para que as crianças e adolescentes tenham um ambiente saudável e sem violência, melhorando seu desenvolvimento e aprendizagem, resguardando assim seus direitos.

Observou-se também que, a condenação da instituição de ensino privada em reparar o dano sofrido pela vítima de *cyberbullying* não tem caráter somente coercitivo, mas também reparador e pedagógico: reparador para a vítima e pedagógico para a instituição de ensino, pois demonstra a necessidade de empreender maiores níveis de cuidado e atenção no dia a dia escolar, criando um ambiente harmonioso, inclusivo e um convívio saudável para todos os seus alunos.

O *cyberbullying* somente ganha destaque quando já ocorreu um dano ou, em casos mais gravosos, mortes, porém posteriormente acaba sendo esquecido. Combater o *bullying* convencional e o *cyberbullying* é garantir desenvolvimento das crianças e adolescentes, a construção do seu caráter, seja agressor ou vítima. O agressor precisa compreender as consequências dos seus atos e a vítima merece atenção e amparo, pois caso não se sinta protegida, os reflexos e traumas podem se tornar irreparáveis para todo o decorrer de sua vida.

Há necessidade de os legisladores repensarem as leis atualmente vigentes que tratam da intimidação sistemática. A Lei 13.185 foi editada e promulgada em 2015, ano em que a internet e velocidade de troca de informações estavam em seu auge, inadmissível portanto a omissão por parte do legislador com relação ao *cyberbullying*, um tema tão importante e que demanda atenção.

Em rápida pesquisa na internet sobre a fiscalização a fim de constatar se as instituições de ensino estão de fato cumprindo as diretrizes trazidas pela Lei 13.185/2015, após longa procura, foi localizada matéria sobre o Ministério Público Estadual de

Tocantins ter instaurado dois inquéritos visando apurar se o município de Arraias estavam cumprindo o disposto na Lei e verificar a implementação das medidas de prevenção e combate à intimidação sistemática, limitando-se tão somente a este município (HERCULANO, 2016), demonstrando assim a falta de fiscalização por parte dos órgãos responsáveis.

A maioria das crianças e adolescentes que são vítimas de *cyberbullying* acabam sofrendo caladas por acreditar que nada acontecerá com aqueles que praticam a violência. Para que esse não seja o sentimento das crianças e adolescentes, as ações das instituições de ensino devem ser focadas e direcionadas na prevenção do *cyberbullying* e, quando a escola tiver conhecimento de casos originados em suas dependências ou fora dela, que não seja omissa e tome todas as atitudes necessárias para amparar a vítima, fornecendo todo o auxílio necessário, pois ela é a figura mais importante nessa situação.

Através da interpretação dos julgados analisados no presente estudo, observou-se que o judiciário tem se inclinado por responsabilizar civilmente as instituições de ensino privada de forma objetiva com relação a prática do *cyberbullying*, em razão do risco da atividade prestada, bem como por sua atividade configurar relação de consumo.

Dessa forma, através do estudo proposto no presente artigo, restou evidenciado que a instituição pode sim ser responsabilizada civilmente pela prática de *cyberbullying*, pois o tem o dever de combater a intimidação sistemática e zelar pela ordem, por um ambiente adequado para o desenvolvimento dos alunos e exercício da cidadania.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao .htm>. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. **Conselho de Justiça Federal. Enunciado 613**. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1161. Acesso em: 21 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, Brasília, DF, jul. de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, Brasília, DF, set. de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil, Brasília, DF, jan. de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, Brasília, DF, abril de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.185, de 06 de novembro de 2015**. Institui o programa de combate à intimidação sistemática (bullying), Brasília, DF, nov. de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. 15º Câmara Cível. Rel. Des. Tibúrcio Marques. Apelação Cível nº 1.0024.10.142345-7/002. j. 25.04.2013.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. 5ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Rodolfo Pellizari. Apelação Cível nº 1005424-42.2019.8.26.0001. j. 08.03.2021.

BRETAS, Valéria. **Brasil fica em segundo lugar em ranking global de ofensas na internet.** 2018. Disponível em: https://exame.com/brasil/brasil-fica-em-segundo-lugar-em-ranking-global-de-ofensas-na-internet/. Acesso em: 20 jun. 2022.

CRUZ, Carlos Henrique. **Marco Civil da Internet: o que é e o que muda para o seu negócio**. 2019. Disponível em: https://chcadvocacia.adv.br/blog/marco-civil-da-internet/. Acesso em: 06 abr. 2022.

DIONÍSIO, C. **Marco civil da internet, neutralidade de rede e sua relação com a liberdade como direito da personalidade**. R. Tecnol. Soc., Curitiba, v. 14, n. 33, p. 16-30, jul./set. 2018. Disponível em https://periodicos.utfpr.edu.br/rts/article/view/7109/5249. Acesso em: 08 abr. 2022.

FANTE, Cleo. **Fenômeno bullying: como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz**. 2. ed rev. e ampl. Campinas, SP: Verus Editora, 2005.

FREITAS, Filipe Augusto Cursino. **Comentário Sobre a Lei "Antibullying" Lei nº 13.185, de 06 de Novembro de 2015 - Uma Tentativa de Solução.** 2016. Disponível em: https://www.polbr.med.br/ano16/pia0216.php. Acesso em: 20 abr. 2022.

GOMES, Luiz Flávio; SANZOVO, Natália Macedo. **Bullying e a prevenção da violência nas escolas: quebrando mitos, construindo verdades**. Saraiva. SP. 2013.

GOTO, Mattheus. **O que é metaverso? Entenda a origem do termo e saiba como entrar nesse universo virtual**. 2022. Disponível em: https://epocanegocios.globo.com/Tudo-sobre/noticia/2022/04/o-que-e-metaverso-entenda-origem-do-termo-e-saiba-como-entrar-nesse-universo-virtual.html. Acesso em: 08 jun. 2022.

LIMA, Luzia Tamires de Souza. **Cyberbullying: uma questão de saúde pública e dever de todos, principalmente da escola**. 2019. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11214/Cyberbullying-uma-questao-de-saude-publica-e-dever-de-todos-principalmente-da-escola. Acesso em: 23 mar. 2022.

HERCULANO, Flávio. **MPE apura se lei anti-bullying está sendo aplicada em escolas de Arraias**. 2016. Disponível em: <https://mpto.mp.br/portal/2016/07/20/mpe-apura-se-lei-anti-bullying-esta-sendo-aplicada-em-escolas-de-arraias>. Acesso em: 24 abr. 2022.

JOSUÉ, Aryane Maria Aguiar Costa. **Bullying: uma análise crítica sobre a Lei Nº 13.185/2015.** 2016. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/55200/bullying-uma-analise-critica-sobre-a-lei-n-13-185-2015. Acesso em: 27 mar. 2022.

LONGEN, Andrei Silveira. **A História da Internet – Do Início ao Status Atual da Rede**. 2019. Disponível em: https://www.weblink.com.br/blog/historia-da-internet/. Acesso em: 24 mar. 2022.

MARTINS, Ivo Fernando Pereira. **Lei 12965 comentada (Marco Civil da Internet).** 2020. Disponível em: https://ivofpmartins.com.br/lei-12965-comentada-marco-civil-da-internet/. Acesso em: 03 abr. 2022.

NEVES, Mariana Moreira. **Bullying Escolar de Acordo com a Lei Nacional de Combate ao Bullying (13.185/2015) e outros Aspectos Jurídicos**. Juruá. PR. 2016.

REZENDE, Elcio Nacur. CALHAU, Lélio Braga. **Cyberbullying, Direito Educacional e Reponsabilidade Civil: Uma análise Jurídica e Deontológica da Realidade Brasileira.** 2020. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/6377/637766244013/html/>. Acesso em: 25 de mar. 2022.

SCHREIBER, Anderson. **Cyberbullying: Responsabilidade Civil e Efeitos na Família**. 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/10/11/cyberbullying-responsabilidade-civil-e-efeitos-na-familia/>. Acesso em: 01 abr. 2022

SILVA, Angelina. **O que é relação de consumo, seus elementos e como funciona no CDC**. 2019. Disponível em: https://www.aurum.com.br/blog/relacao-de-consumo/. Acesso em: 20 abr. 2022.

VILEN, Letícia. **Entenda como funciona a responsabilidade objetiva no CDC: legislação, responsabilidades e exceções**. 2021. Disponível em: https://www.aurum.com.br/blog/responsabilidade-objetiva-do-cdc/#:~:text=A%20responsabilidade%20civil%20objetiva%20no,independentemente%20da%20exist%C3%AAncia%20de%20culpa. Acesso em: 20 abr. 2022

REQUISITOS DE INELEGIBILIDADE AO CONSELHO FISCAL E AO COMITÊ DE INDICAÇÕES E AVALIAÇÕES EM EMPRESAS ESTATAIS DE CAPITAL ABERTO

Alessandra Halatiki Vicente[1]
Letícia Sandri[2]

Resumo: Este artigo se propõe a estudar a indicação de membros ao Conselho Fiscal e ao Comitê de Indicações e Avaliações em companhias abertas, submetidas ao regime das estatais, e, neste sentido, identificar se a eventual extensão da regra prevista no artigo 17, §2, da Lei das Estatais, no que tange aos impedimentos lá indicados, para estes órgãos de assessoramento, seria a medida legislativa mais apropriada, frente ao silêncio da lei acerca do tema. Metodologicamente, amparou-se em pesquisa bibliográfica e em decisões administrativas e judiciais já publicadas, que permitem o reconhecimento de diferentes entendimentos acerca do tema. Uma das principais vertentes discutidas, enuncia que a extensão dos impedimentos previstos no artigo 17, §2, da Lei das Estatais, aos referidos órgãos de assessoramento, poderia significar uma restrição de direitos não previstos expressamente em lei. Dessa forma, tendo em vista não haver um entendimento único e pacificado sobre a problemática, a discussão incitada por este estudo confere uma análise crítica das diferentes perspectivas existentes.

Palavras-chave: Lei das Estatais. Impedimentos. Mercado de Capitais.

Abstract: This article proposes to study the appointment of members to the Audit Committee and to the Appointments and Assessment Committee in publicly-held companies, subject to the state-owned companies, and, in this sense, to identify if there is a possible extension of the rule provided for in article 17, § 2, of the State Enterprises Law, with regard to the impediments indicated there, for these advisory bodies, would be the most appropriate legislative measure, given the silence of the law on the subject. Methodologically, it was supported by bibliographical research and administrative and judicial decisions already published, which allow the recognition of different understandings on the subject. One of the main aspects discussed, states that the extension of the impediments provided for in article 17, §2 of the State Enterprises Law, to the aforementioned advisory bodies, could mean a restriction of rights not expressly provided for in law. Thus, given that there is no single, peaceful understanding of the issue, the discussion instigated by this study provides a critical analysis of the different existing perspectives.

Key words: State Enterprises Law. Impediments. Capital Markets.

INTRODUÇÃO

A recente promulgação da Lei das Estatais - Lei 13.303/2016 - trouxe consigo uma série de normas aplicáveis aos órgãos de administração das empresas submetidas ao seu regime. Um dos principais objetivos desta lei, senão o principal deles, foi o de implementar uma gestão responsável e eficaz, diminuindo, dessa forma, a influência político-partidária sobre as companhias estatais. No âmbito do mercado de capitais, a nova legislação abriu debates mais profundos acerca das boas práticas de governança corporativa e dos requisitos de inelegibilidade para a indicação de membros para as funções administrativas.

Certamente, tais discussões não são triviais, uma vez que, historicamente, as constantes interferências e escândalos políticos envolvendo as companhias estatais vinculadas ao regime de Sociedade por Ações (Lei 6.404/76), interferem não só no desenvolvimento do país, mas também no próprio mercado de capitais. Diante disso, um dos temas abordados pela nova lei, como forma de garantir uma gestão eficiente e ética da empresa estatal, foi a previsão de impedimentos para a indicação de membros aos cargos de alto escalão nas empresas estatais.

1. Acadêmica do Curso de Direito; UniSociesc; Suporte Jurídico. E-mail alessandrahalatiki1@gmail.com.
2. Professora do Curso de Direito; Mestre; UniSociesc. E-mail leticia.sandri@unisociesc.com.br.

Para os membros do Conselho de Administração e da Diretoria, o legislador estabeleceu de forma expressa a imposição dos requisitos estipulados no art. 17, §2, da Lei no 13.303/2016. Entretanto, não existe na lei qualquer menção explícita quanto à aplicabilidade desses mesmos impedimentos para a indicação de membros ao Conselho Fiscal e para os Comitês auxiliares, como o de Indicações e Avaliações, descritos no artigo 10 da Lei das Estatais.

Sendo assim, o estudo proposto pelo presente artigo abordará a omissão legislativa quanto aos requisitos de inelegibilidade de membros para os órgãos de assessoramento citados, bem como irá analisar se a extensão da regra prevista no artigo 17, §2, da Lei das Estatais, aos membros indicados ao Comitê de Indicação e Avaliação e ao Conselho Fiscal, em companhias abertas submetidas ao regime das estatais, seria medida apropriada para suprir o silêncio da lei.

Para responder ao problema de pesquisa, metodologicamente amparou-se em pesquisa bibliográfica realizada a partir de livros e artigos publicados por autores notáveis, a fim de alcançar definições doutrinárias importantes para a compreensão da problemática, inclusive, capazes de evidenciar a importância da promulgação da Lei das Estatais e o seu impacto para o Mercado de Capitais e para o cenário nacional da época.

Ainda, este estudo baseou-se em diferentes linhas de interpretações vislumbradas a partir da análise de 2 (duas) decisões administrativas já publicadas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), em casos envolvendo a indicação de membros ao Comitê de Indicações e Avaliações da empresa de capital aberto COPEL, e ao Conselho Fiscal da empresa Light S.A., contribuindo assim para a identificar a real visão desta importante autarquia acerca do tema.

Além disso, foi possível ainda abordar a interpretação do judiciário a respeito do tema, através da análise de 1 (um) julgado de primeira instância, no qual se discutiu a aplicabilidade – ou não - da extensão dos impedimentos a estes órgãos de assessoramento, contribuindo assim para identificar o posicionamento do judiciário acerca da problemática.

1. O CONSELHO FISCAL (CF) E O COMITÊ DE INDICAÇÕES E AVALIAÇÕES (CIA) NAS EMPRESAS ESTATAIS

No Brasil, o Conselho Fiscal está expresso entre os artigos 161 a 165 da Lei de Sociedades Anônimas (nº. 6.404/76), com modificações estabelecidas pela Lei 9.457 de 1997 e pela Lei 10.303 de 2001.

Para Fontes Filho (2004), ao Conselho Fiscal compete exercer permanentemente a fiscalização sobre os órgãos da administração da companhia, no tocante às contas e à regularidade dos atos de gestão, prestando contas aos acionistas para que possam votar com conhecimento de causa nas assembleias.

Dessa forma, é possível afirmar que se trata de um órgão de auxílio dos acionistas, em relação às temáticas relativas à regularidade dos atos de administração da empresa, sendo o principal instrumento de fiscalização da sua gestão (FONTES FILHO, 2004).

A Lei das Estatais (nº 13.303/16) é bastante breve ao regulamentar o Conselho Fiscal, tendo destinado apenas um artigo a este tema, sendo ele o artigo 26 da referida lei:

> Art. 26. Além das normas previstas nesta Lei, **aplicam-se aos membros do Conselho Fiscal da empresa pública e da sociedade de economia mista as disposições previstas na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**, relativas a

> seus poderes, deveres e responsabilidades, a requisitos e impedimentos para investidura e a remuneração, além de outras disposições estabelecidas na referida Lei.
> § 1º Podem ser membros do Conselho Fiscal pessoas naturais, residentes no País, com formação acadêmica compatível com o exercício da função e que tenham exercido, por prazo mínimo de 3 (três) anos, cargo de direção ou assessoramento na administração pública ou cargo de conselheiro fiscal ou administrador em empresa.
> § 2º O Conselho Fiscal contará com pelo menos 1 (um) membro indicado pelo ente controlador, que deverá ser servidor público com vínculo permanente com a administração pública.

Observa-se que além das normas previstas na Lei das Estatais, o referido dispositivo determina ainda a aplicação da Lei das Sociedades Anônimas quanto aos poderes, deveres e responsabilidades, bem como quanto a requisitos e impedimentos para investidura. Neste sentido, no que se refere aos impedimentos previstos na Lei das Sociedades Anônimas, o artigo 162, § 2º, estabelece:

> Art. 162. Somente podem ser eleitos para o conselho fiscal pessoas naturais, residentes no País, diplomadas em curso de nível universitário, ou que tenham exercido por prazo mínimo de 3 (três) anos, cargo de administrador de empresa ou de conselheiro fiscal.
> § 2º Não podem ser eleitos para o conselho fiscal, **além das pessoas enumeradas nos parágrafos do artigo 147**, membros de órgãos de administração e empregados da companhia ou de sociedade controlada ou do mesmo grupo, e o cônjuge ou parente, até terceiro grau, de administrador da companhia.

Dessa forma, é possível notar que a Lei das Estatais e a Lei das Sociedades Anônimas conversam entre si, prevendo, inclusive, os mesmos requisitos para eleição de membros ao CF, qual seja naturalidade brasileira, residente no país, com diploma de nível superior ou experiência de no mínimo 3 (três) anos no cargo de administrador ou conselheiro fiscal em empresas. Porém, o texto de lei do artigo 162 da Lei das S/A, faz referência aos impedimentos também listados no artigo 147, § 1º, o qual estabelece:

> Art. 147. Quando a lei exigir certos requisitos para a investidura em cargo de administração da companhia, a assembleia-geral somente poderá eleger quem tenha exibido os necessários comprovantes, dos quais se arquivará cópia autêntica na sede social.
> § 1º São inelegíveis para os cargos de administração da companhia as pessoas impedidas por lei especial, ou condenadas por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato, contra a economia popular, a fé pública ou a propriedade, ou a pena criminal que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos.

Dessa forma, além dos requisitos elegibilidade (naturalidade, residência e experiência) exigidos pelos artigos mencionados anteriormente, o artigo 147 da Lei das Sociedades Anônimas ainda trás alguns requisitos de inelegibilidade aos membros indicados aos cargos de administração das empresas. O referido artigo define como inelegíveis pessoas impedidas por lei especial ou que já tenha incidido em algum dos crimes elencados no dispositivo de lei.

Lamb (2002) explica que, a função do Conselho Fiscal vai além das meras atribuições previstas na lei, sobretudo, daquelas em que estão subentendidas como: controle e acompanhamento dos controles internos, planejamento estratégico e

orçamentário, já que faz parte do sistema de controle e fiscalização. Portanto, evidencia-se que o CF atua como um órgão importante à administração das empresas.

Nesse sentido, Coelho (2012. p. 178) esclarece acerca dos limites de atuação do Conselho Fiscal:

> A atuação do conselho fiscal, e dos seus membros, está sujeita a limites precisos. De um lado, ele é mero fiscal, e não pode substituir os administradores da companhia no tocante à melhor forma de conduzir os negócios sociais. Não lhe cabe apreciar a economicidade das decisões da diretoria ou do conselho e administração, nem interferir na ponderação da conveniência ou oportunidade dos negócios realizados ou a realizar. Sua tarefa cinge-se aos aspectos da legalidade e regularidade dos atos de gestão. Por exemplo, se o diretor celebrou, em nome da companhia, contrato estranho ao objeto social, o conselho fiscal pode opinar no sentido da rejeição de suas contas, ainda que não tenha sido prejudicial à sociedade. Mas, se a única crítica que os conselheiros têm ao contrato é a sua pertinência, quer dizer, fossem eles diretores, não o teriam celebrado, em vista dos riscos que identificam, então não há matéria sobre a qual devam alertar a assembleia geral. De outro lado, o conselho tem atuação interna, exclusivamente interna. Os destinatários de seus atos são, sempre, outros órgãos sociais. Nem o conselho nem o conselheiro podem tomar a iniciativa de divulgar sua opinião sobre a irregularidade de qualquer ato. Se descobrem erros, fraudes ou crimes, perpetrados por qualquer administrador ou empregado da companhia, devem comunicá-lo aos órgãos de administração, e, quando omissos estes nas providências para a defesa do interesse social, à assembleia geral.

Complementando esta definição, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - IBGC (2005, p.11) ressalta que este é um órgão que desfruta de autonomia em relação ao Conselho de Administração, ao afirmar que o Conselho Fiscal é:

> (...) um órgão fiscalizador independente da diretoria e do conselho de administração, que busca, através dos princípios da transparência, equidade e prestação de contas, contribuir para o melhor desempenho da companhia.

Dessa forma, é evidente a importância atribuída pela lei ao Conselho Fiscal e a relevância do seu papel dentro das empresas. Já o Comitê de Indicações e Avaliações, por sua vez, está previsto na Lei da Estatais, nº 13.303/16, em especial em seu artigo 10, cujo *caput* possui a seguinte redação:

> Art. 10. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão criar comitê estatutário para verificar a conformidade do processo de indicação e de avaliação de membros para o Conselho de Administração e para o Conselho Fiscal, com competência para auxiliar o acionista controlador na indicação desses membros.

Neste sentido, nota-se que o art. 10 da Lei das Estatais, ao exigir a criação de comitê estatutário, não estabeleceu expressamente nenhuma competência decisória, mas definiu que o órgão deveria verificar a conformidade do processo de indicação e de avaliação dos administradores e auxiliar o acionista controlador na indicação dos administradores.

Seguindo esse entendimento, a doutrina brasileira vem defendendo que os comitês não possuem poder decisório, mas sim apenas a função de auxiliar de forma técnica os administradores da companhia, em detrimento ao artigo 139 da Lei nº 6.404/76 que trata sobre as competências dos órgãos sociais, “As atribuições e poderes conferidos por lei

aos órgãos de administração não podem ser outorgados a outro órgão, criado por lei ou pelo estatuto."

Entretanto, a criação de comitês tem sido cada vez mais incentivada, e, muitas vezes exigida, como forma de garantir que eventuais decisões sensíveis para a administração de companhias abertas, sejam tomadas a partir de uma análise profunda e imparcial, realizada por um órgão tecnicamente especializado, que é o caso do Comitê de Indicações e Avaliações (CIA).

Portanto, pode-se afirmar que se trata de um comitê com funções técnicas e com o objetivo de prestar auxílio aos administradores e acionistas, tal como os demais comitês estatutários já existentes em diversas companhias abertas.

A Lei das Estatais possui como um de seus objetivos melhorar a administração das estatais. Dessa forma, pode-se afirmar, portanto, que o Comitê de Indicações e Avaliações, ao prestar auxílio ao Conselho de Administração, poderá contribuir de forma positiva para esta finalidade.

2. GOVERNANÇA CORPORATIVA À LUZ DA LEI DAS ESTATAIS E O SEU CONTEXTO HISTÓRICO

O tema que abrange a governança corporativa está fortemente presente na Lei 13.303/2016, trazendo consigo uma série de normas aplicáveis aos conselhos de administração das empresas estatais. Isso decorre principalmente do contexto cultural brasileiro de atuação do Estado, historicamente propenso à desvios e disfunções, principalmente motivados por influências político-partidárias (MENDES, 2016).

Dessa forma, uma conceituação muito importante para a compreensão do presente estudo é o de governança corporativa. Tal definição é essencialmente doutrinária, fazendo-se necessário buscar sua conceituação junto ao Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, o IBGC (2005) para caracterizá-la corretamente:

> Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas. As boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum.

Para Amaral (2016, p. 65), o melhor conceito para governança corporativa seria:

> (...) o conjunto de políticas e práticas orientadas a conferir maior transparência, estabelecer mecanismos de controle, estimular e garantir a atuação ética dos envolvidos, minimizar potenciais conflitos, agir em conformidade com as regras (internas e externas) enfim, aumentar a confiabilidade da empresa no mercado, mediante a valorização da empresa e a proteção das partes interessadas (stakeholders), dos investidores, dos empregados e dos credores.

Nesse sentido, é possível afirmar que a governança corporativa possui como objetivo central de evitar um eventual oportunismo gerencial, a fim de que a empresa atue de forma ética, transparente e conforme um sistema interno de supervisão e controle (AMARAL, 2016).

Segundo Valente (2018, p. 3), a discussão acerca da governança corporativa ao redor do mundo teria ganhado força no início dos anos 1990, a partir de escândalos corporativos envolvendo empresas norte-americanas como a Enron, a WorldCom e a Tyco, em reação às remunerações dos executivos norte-americanos, tidas naquele momento como excessivas.

Naquele momento, segundo o IBGC (2005) percebeu-se que os investidores preferiam pagar um valor maior por empresas que adotassem boas práticas de governança corporativa, pois elas aumentavam o período de atuação no mercado econômico destas empresas. Então, a partir daí, o congresso norte-americano, em resposta às fraudes ocorridas, aprovou a Lei Sarbanes-Oxley (SOx) que apresentava algumas regras acerca da administração das companhias.

Ocorre que, no Brasil, essa espécie de conflito é ainda mais comum do que em países mais desenvolvidos e com o mercado de capitais mais volumoso. Isso se explica pelo fato de que a maior parte das sociedades empresárias no Brasil possuem composição familiar, onde os proprietários familiares permanecem no controle das companhias, enquanto novos sócios entram, somente, na medida que elas prosperam e se desenvolvem.

Entretanto, é preciso compreender que os problemas de governança enfrentados pelas estatais são diferentes daqueles que existem em empresas exclusivamente privadas. Para Mathias-Pereira (2009), as empresas estatais podem sofrer influências político-partidárias, que podem acarretar erros na prestação de contas, falta de responsabilização dos administradores, e a consequente perda de eficiência em operações corporativas. Ainda segundo Mathias-Pereira (2009, p. 125):

> A boa governança no setor público requer, entre outras ações, uma gestão estratégica, gestão política e gestão da eficiência, eficácia e efetividade. É por meio de uma gestão estratégica que se torna viável criar valor público. Isso diz respeito à capacidade da administração pública de atender de forma efetiva e tempestiva as demandas ou carências da população que sejam politicamente desejadas (legitimidade); sua propriedade seja coletiva; e, requeiram a geração de mudanças sociais (resultados) que modifiquem aspectos da sociedade. Com a gestão política, pode-se buscar a obtenção da legitimidade junto aos dirigentes políticos e a população. A gestão da eficiência, eficácia e efetividade é a forma de usar adequadamente os instrumentos disponíveis para tornar viável uma boa governança.

Diante disso, um dos pontos abordados pela Lei 13.303/16, foi a formulação de impedimentos para os ocupantes de cargos de alto escalão das empresas estatais, os quais serão abordados mais a frente por este estudo.

A Lei 13.303/2016 foi promulgada em meio à uma onda de insegurança jurídica e de escândalos de corrupção envolvendo as empresas estatais no Brasil, principalmente a Petrobrás na Operação Lava-Jato.

Para a professora Nohara (2016):

> A edição da nova lei nesse período (politicamente conturbado, afirme-se) foi motivada também por fatores conjunturais. Partiu da apuração de fraudes, num sistema de carteis, em licitações e contratos que trouxe à tona a corrupção praticada por parte de altos executivos da Petrobrás em negócios superfaturados celebrados com grandes empreiteiras, conforme desenrolar da operação Lava Jato, que acarretou perda de bilhões da sociedade de economia mista em função da alta gestão desviada, em recursos que depois eram supostamente empregados em compras de votos e financiamento de campanhas de agentes políticos.

Para Pinho e Ribeiro (2017) as empresas estatais estão mais suscetíveis à ocorrência de atos de corrupção, por reunirem elementos da Administração Pública, instrumentos de mercado, e uma maior flexibilidade nos controles tradicionais, principalmente quando atuam no mercado competitivo.

Antes do advento da Lei 13.303/16, as empresas estatais eram reguladas a partir de disposições existente em lei anteriores, como a Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades por Ações), a Lei 8.666/ 93 (Lei Geral de Licitações) e o Decreto-Lei 200/67. Porém, através da reforma administrativa realizada na década de noventa, sentiu-se a necessidade de criação de uma lei específica que disciplinasse o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica (NOHARA, 2016).

A referida reforma administrativa, alterou, por meio da Emenda Constitucional 19/98, o § 1º do artigo 173 da Constituição Federal, passando a regular:

> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
> § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Porém, apesar da reforma administrativa ter acontecido na década de noventa, uma lei que regulamentasse a atuação da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica, só veio a ser promulgada em 2016, com o advento da Lei 13.303/16, que ficou conhecida como Lei das Estatais. (MENDES, 2016)

A Lei das Estatais trouxe consigo importantes definições acerca do sistema de governança corporativa das empresas estatais, a fim de intensificar a transparência nas suas operações, minimizando possíveis falhas de integridade na conduta da alta gestão dessas empresas (NOHARA, 2016).

Para Bicalho (2017), com o advento da Lei 13.303/16:

> As estatais terão que se adaptar às técnicas de eficiência de gestão e ética empresarial, segundo a tônica das práticas privadas adaptadas à governança pública: planejamento estratégico, resultados definidos em metas claras, desempenho acompanhado via canais transparentes de controle e prestação de contas. Sua despolitização e profissionalização são fundamentais, já que a missão

> das estatais adquire um tempero especial, expresso na função social que desempenham, de realizar o interesse coletivo ou atender a imperativo da segurança nacional.

Nesse sentido, a Lei 13.303/16 propôs a criação de requisitos e de impedimentos para a indicação de membros do alto escalão das empresas estatais. O objetivo é justamente blindar as empresas estatais contra possíveis político-partidárias nas referidas indicações aos cargos (LUPION, 2018).

Dessa forma, para os membros do Conselho de Administração e da Diretoria, se estabeleceu de forma expressa a imposição dos requisitos estipulados no artigo 17 da Lei nº 13.303/2016:

> Art. 17. Os membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso I e, cumulativamente, os requisitos dos incisos II e III (...)

De forma geral, o texto do artigo 17 da Lei das Estatais define alguns requisitos de elegibilidade de seu inciso I ao inciso II, passando a impor requisitos de inelegibilidade apenas de seu inciso III adiante. Como alguns dos requisitos de elegibilidade dispostos no referido artigo, pode-se citar a exigência de formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado, bem como experiência profissional de no mínimo 10 (dez) anos na área de atuação pública, conforme o recorte de lei abaixo:

> I - ter experiência profissional de, no mínimo:
> a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, na área de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou em área conexa àquela para a qual forem indicados em função de direção superior; ou
> b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos:
> 1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa de porte ou objeto social semelhante ao da empresa pública ou da sociedade de economia mista, entendendo-se como cargo de chefia superior àquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa;
> 2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público;
> 3. cargo de docente ou de pesquisador em áreas de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;
> c) 4 (quatro) anos de experiência como profissional liberal em atividade direta ou indiretamente vinculada à área de atuação da empresa pública ou sociedade de economia mista;
> II - ter formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado;

Já os requisitos de inelegibilidade dispostos pelo texto de lei, estão presentes mais especificamente em seu § 2 (parágrafo segundo), que definem expressamente algumas vedações para a indicação de membros ao Conselho de Administração e para a Diretoria. Como algumas das vedações impostas, pode-se citar a inelegibilidade de pessoa que exerça cargo em organização sindical, pessoa que tenha atuado no últimos 36 (trinta e seis) meses como participante decisório de partido político ou de pessoa que tenha qualquer forma de conflito de interesse com a pessoa político-administrativa controladora da empresa estatal, conforme descrito no recorte de lei abaixo:

> § 2º É vedada a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria:

> I - de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo;
> II - de pessoa que atuou, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;
> III - de pessoa que exerça cargo em organização sindical;
> IV - de pessoa que tenha firmado contrato ou parceria, como fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços de qualquer natureza, com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade em período inferior a 3 (três) anos antes da data de nomeação;
> V - de pessoa que tenha ou possa ter qualquer forma de conflito de interesse com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade.
> § 3º A vedação prevista no inciso I do § 2º estende-se também aos parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau das pessoas nele mencionadas.

Os requisitos impostos pelo art. 17 da Lei nº 13.303/2016 aos administradores - Conselho de Administração e Diretoria - expressam a preocupação do legislador em definir boas práticas de governança nos cargos de administração das empresas estatais, com o objetivo de coibir eventual politicagem e os partidarismos no momento da indicação de membros para a ocupação desses cargos (COSTÓDIO FILHO, 2016, p. 171-198).

Porém, apesar de apresentar requisitos para os membros do Conselho de Administração e da Diretoria, nota-se que não há, no referido artigo, qualquer menção expressa quanto à aplicabilidade desses mesmos requisitos e impedimentos para os membros indicados ao Conselho Fiscal e ao Comitê de Indicações e Avaliações nas empresas estatais.

Para regulamentar a atuação e dos membros do Conselho Fiscal, a Lei das Estatais foi muito sucinta, tendo destinado apenas um artigo (artigo 26 conforme descrito anteriormente) a este tema, inserido no capítulo relativo ao regime societário da empresa pública e da sociedade de economia mista.

Ainda, no que se refere à atuação dos membros do Comitê de Indicações e Avaliações das empresas estatais, a Lei 13.303/16 também regulamentou de forma breve em seu artigo 10 (já abordado por este estudo).

Cabe aqui destacar que, nem os artigos 10 e 26, nem o *caput* do art. 17 da Lei nº 13.303/16, estabeleceram expressamente que os membros de tal comitê estariam sujeitos às vedações previstas no artigo 17.

Entretanto, o fato é que a lei, ao prever requisitos e impedimentos para o preenchimento de cargos de órgãos de administração e de gestão das empresas estatais, em seu artigo 17, acaba demonstrando preocupação em prevenir práticas de corrupção, buscando o afastamento de influências indevidas em tais entidades da Administração Pública Indireta (COSTÓDIO FILHO, 2016, p. 171-198).

A relevância do artigo 17 é percebida também em razão da previsão, no art. 10 da Lei nº 13.303/16, da necessidade de existência de um comitê estatutário nas empresas estatais, com a função de:

> (...) verificar a conformidade do processo de indicação e de avaliação de membros para o Conselho de Administração e para o Conselho Fiscal, com competência para auxiliar o acionista controlador na indicação desses membros.

Nesse sentido, não restam dúvidas quanto à importância dos cargos destinados ao Conselho Fiscal e ao Comitê de Indicações e Avaliações em empresas estatais, assim como aqueles que compõem a administração dessas entidades. Porém, nota-se que os impedimentos aplicados expressamente aos membros ocupantes dos cargos de administração, não são impostos de maneira explicita pela lei aos cargos destinados ao Conselho Fiscal e ao Comitê de Indicações e Avaliações nas empresas estatais.

Dessa forma, tendo em vista a omissão da Lei das Estatais quanto à aplicabilidade dos mesmos impedimentos definidos em seu artigo 17, também aos membros indicados ao Conselho Fiscal e ao Comitê de Indicações e Avaliações de empresas estatais, o presente artigo propõe o estudo da viabilidade da extensão da norma a estes cargos, baseando-se, inclusive, em decisão administrativas e judiciais já publicadas acerca do tema, que serão abordadas na sequência.

3. A COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM) E A SUA COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAR EMPRESAS DE CAPITAL ABERTO SUBMETIDAS AO REGIME DA LEI DAS ESTATAIS

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) é uma entidade autárquica criada no ano de 1976, através da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, com o objetivo de desenvolver o mercado de valores mobiliários no Brasil, regulando o mercado de capitais brasileiro e fiscalizando as companhias abertas, conforme prevê o seu artigo 8º, I, III.

Segundo Figueiredo (2015, p. 140):

> Trata-se de entidade integrante da administração pública federal indireta, instituída sob a forma de autarquia, vinculada ao Ministério da Fazenda, pela Lei n. 6.385/1976. Tem por atribuições funcionais promover a regulamentação, desenvolvimento, controle e fiscalização do mercado de valores mobiliários do país.

A entidade apresenta estrutura semelhante à de uma agência reguladora, podendo inclusive ser considerada como tal, no entendimento de Mello (2013, p. 171):

> Anote-se, derradeiramente, que há uma entidade cujas funções são de índole equivalente às das 'agências reguladoras' e à qual também veio a ser atribuído o qualificativo de autarquia 'sob regime especial', mas que não recebeu a qualificação de 'agência' pois foi mantido seu nome original: Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

A CVM foi criada pelo art. 5º da Lei nº 6.385, de 1976, nos seguintes termos:

> Art. 5º É instituída a Comissão de Valores Mobiliários, entidade autárquica em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira e orçamentária.

Embora a Comissão de Valores Imobiliários seja competente para fiscalizar a atuação das empresas de capital aberto no mercado de capitais, muito se discute quanto

à sua competência para fiscalizar as empresas estatais de capital aberto submetidas ao regime da lei 13.303/26.

Isso se deve ao fato de que a Lei das Estatais, em sua redação, não estabeleceu expressamente a competência da CVM para fiscalizar a sua aplicação. Dessa forma, não parece evidente tal atribuição à entidade no acompanhamento do cumprimento da Lei das Estatais por parte de companhias abertas controladas por entes públicos. Ainda nesse sentido, percebe-se que as regras incluídas na Lei das Estatais não têm por finalidade de regular sua atividade no mercado de capitais, que é justamente o objetivo mais amplo estabelecido para a CVM de acordo com a Lei nº 6.385/76 (LORIA E KALANSKY, 2018).

Por outro lado, diversas matérias previstas na Lei das Estatais são de natureza societária, cujos interesses cabem à CVM defender, nos termos dos artigos 4º e 8º, V, da Lei nº 6.385/76.

Ainda, a CVM é o ente legalmente responsável para apuração de eventuais infrações cometidas por administradores, por membros e por acionistas de companhias abertas, conforme prevê os artigos 9º e 11 da Lei 6.385/76, além dos artigos 2º, II e 7º da Instrução CVM 452/07. Dessa forma, deixar de fiscalizar as regras societárias previstas pela Lei das Estatais, seria ir na contramão do próprio objetivo da autarquia.

Dessa forma, tendo em vista o comprovado efeito positivo do estabelecimento de normas de governança corporativa ao redor do mundo, fiscalizar o seu cumprimento pelas companhias abertas controladas por entes públicos, seria uma forma de proteger os investidores para a correta aplicação dos princípios inseridos na Lei das Estatais, e consequentemente, estimular o crescimento do mercado de capitais. (CAMARGO E DEUBEX, 2020).

4. ENTENDIMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À EXTENSÃO DOS IMPEDIMENTOS AO CONSELHO FISCAL E AO COMITÊ DE INDICAÇÕES E AVALIAÇÕES

Embora não haja uma previsão expressa da extensão do artigo 17, § 2º da Lei das Estatais aos membros do Conselho Fiscal e ao Comitê de Indicações e Avaliações, é possível identificar alguns entendimentos que buscam ir além da norma estrita e identificar a intensão do legislador ao impor requisitos para ocupação de cargos administrativos das empresas estatais, considerando o contexto histórico em que a lei foi promulgada.

Reale (2002) explica os métodos de interpretação da lei:

> Toda lei tem um significado e um alcance que não são dados pelo arbítrio imaginoso do intérprete, mas são, ao contrário, revelados pelo exame imparcial do texto. Após essa perquirição filológica, impõe-se um trabalho lógico, pois nenhum dispositivo está separado dos demais. Cada artigo de lei situa-se num capítulo ou num título e seu valor depende de sua colocação sistemática. É preciso, pois, interpretar as leis segundo seus valores linguísticos, mas sempre situando-as no conjunto do sistema. Esse trabalho de compreensão de um preceito, em sua correlação com todos os que com ele se articulam logicamente, denomina-se interpretação lógico-sistemática.

Considerando o contexto histórico no qual a Lei das Estatais fora promulgada, torna-se nítido que o seu principal objetivo foi afastar influências político-partidárias dos cargos de “alto escalão” dentro das empresas estatais e reformular as práticas de gestão e governança.

Seguindo essa lógica, e, considerando que compete ao Conselho Fiscal fiscalizar os atos dos membros do Conselho de Administração e da Diretoria, em tese, não haveria sentido em impor aos fiscalizados requisitos mais restritos do que os exigidos para quem faz a fiscalização, sob pena de ineficácia prática do sistema de monitoramento. A mesma lógica, se aplicaria aos membros indicados ao Comitê de Indicações e Avaliações, uma vez que seriam responsáveis por auxiliar e avaliar a indicação de administradores e demais cargos dentro das empresas.

Sobre este ponto de vista, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) se pronunciou através do Processo Administrativo nº 19957.011269/2017-05 no caso da Companhia Paranaense de Energia - COPEL, julgado em 05 de janeiro de 2018.

No caso concreto a CVM foi instada a apreciar o pedido de interrupção do prazo de convocação da assembleia de acionistas da Companhia COPEL, formulado pela BNDES Participações S.A. – BNDESPAR, acionista minoritário da COPEL detentor de 26,4% das ações, uma vez que, em sua visão, os novos membros indicados ao CIA pela COPEL possuíam vedações impostas pela Lei das Estatais. Entre os seis candidatos ao comitê indicados pela COPEL, havia dois titulares de secretarias estaduais, um deputado federal, um controlador geral do Estado, além do ex-presidente do Instituto Teotônio Vilela, fundação ligada ao PSDB. Em razão disso, a BNDESPAR pugnou pela análise da CVM acerca da legalidade das propostas submetidas à Assembleia Geral Extraordinária.

Num primeiro momento, a Superintendência de Relações com Empresas – SEP entendeu em seu Relatório de Análise nº 140/2017-CVM/SEP/GEA-3, que a proposta submetida à Assembleia Geral Extraordinária da COPEL não violaria nenhum dispositivo legal ou regulamentar, uma vez que as vedações estabelecidas pelo art. 17, § 2º, são expressamente aplicáveis apenas aos membros do Conselho de Administração, não se aplicando a nenhum dos seis membros indicados ao CIA, pois, caso fosse a vontade do legislador aplicar os mesmos impedimentos aos membros do CIA, assim teria o feito através da lei.

Por tanto, na visão da Superintendência, a aplicação do artigo 17, §2, da Lei das Estatais como requisito de inelegibilidade de membros indicados ao Comitê de Indicação e Avaliação e ao Conselho Fiscal em companhias submetidas ao regime das estatais, é medida dotada de arbitrariedade que restringe direitos não previstos em lei, uma vez que o texto de lei se limita a impor vedações expressas somente aos membros indicados ao Conselho de Administração e para a Diretoria. Dessa forma, caso fosse a vontade do legislador estender os impedimentos previstos no texto de lei, teria o feito de forma expressa.

Porém, após o direcionamento da matéria para apreciação Colegiado da CVM, o Presidente Marcelo Barbosa, em seu voto, justificou a intenção da lei da estatais, e, partindo de uma interpretação sistemática, teleológica e histórica do diploma legal, declarou que, apesar de não haver vedação expressa na Lei das Estatais, seria um contrassenso a possibilidade de uma pessoa inelegível para ocupar um cargo no Conselho de Administração de uma empresa, poder ser indicada para o cargo de membro do CIA, tendo em vista que tal pessoa passaria a verificar a conformidade das indicações feitas pelo acionista controlador justamente a respeito de ocupantes de tais cargos.

Sendo assim, uma vez que todos os seis indicados pelo acionista controlador da COPEL ao CIA incidiam nas hipóteses de vedação estabelecidas na Lei das Estatais, o voto do colegiado foi no sentido de entender aplicáveis tais impedimentos também ao referido comitê. Dessa forma, considerando que a AGE da COPEL estaria revestida de ilegalidade, não seria necessário a interrupção do prazo requerido pela BNDESPAR, uma

vez que a própria assembleia estaria violando dispositivos legais, e, por tanto, não seria considerada válida.

Além do caso COPEL, outro julgamento emblemático acerca do tema se trata do caso da companhia Light S.A. Importante esclarecer que, embora a Light S.A. não seja uma empresa submetida a Lei das Estatais, a Companhia Energética de Minas Gerais - CEMIG, empresa de capital aberto controlada pelo Governo do Estado de Minas Gerais, é detentora de mais de 50% de suas ações ordinárias, e, portanto, submetida integralmente à Lei 13.303/2016. Sendo assim, eventual indicação de membros realizada pela CEMIG estaria submetida as normas da Lei das Estatais.

No Processo Administrativo nº 19957.004466/2018-41, a CVM foi instada a julgar se a indicação dos membros ao Conselho Fiscal realizada pela CEMIG, estaria - ou não - sujeita aos impedimentos do artigo 17, §2º, da Lei das Estatais, vedando a indicação realizada pela empresa.

Neste julgamento, a entendimento do colegiado da CVM também foi de entender pela aplicação da extensão dos impedimentos previstos no artigo 17, desta vez, fundamentando a sua decisão no artigo 162, § 2º, da Lei nº 6404/76 em conjunto com o artigo 147, §1º, da Lei nº 6.404/76, para vedar a indicação do Sr. Giles Carriconde Azevedo, assessor da ex-presidente Dilma Rousseff ao Conselho Fiscal da Light S.A, conforme o texto de lei:

> Art. 147. Quando a lei exigir certos requisitos para a investidura em cargo de administração da companhia, a assembleia-geral somente poderá eleger quem tenha exibido os necessários comprovantes, dos quais se arquivará cópia autêntica na sede social.
> § 1º São inelegíveis para os cargos de administração da companhia as pessoas **impedidas por lei especial**, ou condenadas por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato, contra a economia popular, a fé pública ou a propriedade, ou a pena criminal que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos.

Dessa forma, através da interpretação conjunta dos citados dispositivos da Lei nº 6404/76, para a CVM, uma pessoa que seja inelegível para o cargo de administração da companhia, também seria inelegível para o Conselho Fiscal, aplicando-se os mesmos impedimentos previstos no artigo 17, § 2º, da Lei das Estatais.

A Estado de Minas Gerais, por sua vez, inconformado com a decisão administrativa, insurgiu judicialmente em face da CVM e da CEMIG, através do processo nº 1006938-45.2018.4.01.3800 distribuído na 21ª Vara Federal Cível da SJMG, alegando ter havido um raciocínio equivocado da autarquia federal ao determinar a interpretação extensiva aos conselheiros fiscais das vedações impostas pelo artigo 17, § 2º da Lei das Estatais, uma vez que não estaria evidenciada a clara redação legal, com a previsão expressa das restrições impostas.

Na ação judicial, o Estado alega a violação e/ou cerceamento de seu direito de indicar membros do Conselho Fiscal sem a observância das vedações invocadas pela CVM, uma vez que tais limitações se aplicam apenas e exclusivamente ao Conselho de Administração, conforme o artigo 17 da Lei nº 13.303/2016.

Por sua vez, o magistrado apreciou o mérito, entendendo pela procedência dos pedidos formulados pelo Estado de Minas Gerais, a fim de afastar a extensão dos requisitos de inelegibilidade dispostos no artigo 17, aos membros indicados ao Conselho Fiscal. O magistrado sustentou que o silêncio do artigo 26 da Lei 13.303/2016 quanto à imposição das mesmas vedações aos membros do Conselho de Administração à

indicação de membros do Conselho Fiscal, não constitui mera omissão legislativa passível de integração, mas sim explicita a vontade do legislador de tratar de forma diversa tais órgãos de controle das entidades estatais e não aplicar os mesmos impedimentos.

Dessa forma, considerando que o Conselho Fiscal não é órgão que compõe a administração da companhia Light S.A., não haveria necessidade de aplicação dos mesmos impedimentos exigidos aos administradores, na medida em que, se o grau de complexidade dos cargos e funções são diferentes, justificada estaria a imposição de critérios mais brandos aos membros do Conselho Fiscal.

Da sentença de primeiro grau proferida, a CVM interpôs Recurso de Apelação, pendente de julgamento até o momento pela 6ª Turma do TRF da 1ª Região. Em síntese, argumentos apresentados pela CVM em sede de recurso, justamente são os contrapontos já fundamentados em suas decisões administrativas dos casos COPEL e Light S.A., citadas por este artigo.

Sendo assim, após a análise dos julgados administrativos e judiciais abordados por este capítulo, é possível notar que ainda não existe um entendimento único e consolidado acerca da temática, abrindo espaço para diversas interpretações sobre a extensão dos impedimentos previstos aos cargos administrativos também às funções fiscalizatórias e auxiliares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através das interpretações trazidas pelas decisões administrativas e judiciais analisadas por este artigo, foi possível perceber que a problemática estudada ainda não possui um viés jurisprudencial estabelecido, proporcionando muitos debates, e, principalmente, gerando muitas dúvidas ao analisar casos semelhantes, e que envolvam os requisitos de inelegibilidade dos membros indicados ao Conselho Fiscal e ao Comitê de Indicações e Avaliações.

Apesar de ter sido possível evidenciar a importância de cada um dos diversos argumentos apresentados para solucionar a problemática, tal cenário de incerteza acaba gerando uma forte insegurança jurídica acerca do tema, e fragilizando não somente o instituto jurídico, mas também o Mercado de Capitais como um todo, que acaba ficando exposto a fortes desvalorizações oriundas da falta de segurança repassada aos investidores, enfraquecendo a retenção de investimentos no país, e, principalmente nas empresas estatais.

É evidente que a extensão dos impedimentos do artigo 17, § 2º da Lei das Estatais ao Conselho Fiscal e ao Comitê de Indicações e Avaliações seria ainda mais positivo e garantiria ainda mais segurança para a manutenção das boas práticas de governança corporativa nas empresas estatais, considerando inclusive a própria relevância que estas funções de assessoramento possuem.

A Lei 13.303/2016 definiu novos desafios aos administradores das empresas submetidas ao seu regime, exigindo-lhes mais profissionalismo, seriedade e comprometimento no exercício de suas atribuições. Fazer valer estas mesmas imposições ao Conselho Fiscal e ao Comitê de Indicações e Avaliações, também os tornariam materialmente aptos e mais preparados para exercer o seu ofício.

Porém, uma vez que tais impedimentos não se encontram expressamente descritos na lei, é preciso ter cautela, a fim de evitar a restrição de direitos não previstos em lei, por mera arbitrariedade e vontade do julgador.

Normas restritivas devem ser interpretadas de forma estrita — e não de forma extensiva ou por analogia. De acordo com Ferraz Junior (2001, p. 291), recomenda-se que toda norma que restrinja os direitos e garantias fundamentais reconhecidos e estabelecidos constitucionalmente deva ser interpretada restritivamente. Uma exceção também deve sofrer uma interpretação restritiva.

Partindo desta lógica, o artigo 17 da Lei das Estatais somente trata de administradores (conselheiros de administração e diretores), sem qualquer referência aos conselheiros fiscais ou membros ligados ao Comitê de Indicações e Avaliações. A Lei das Estatais possui em seu texto seções próprias para tratar dos conselheiros fiscais, que contempla outros requisitos, bem diferentes dos impedimentos previstos no artigo 17. Se fosse a intenção da lei aplicar as mesmas restrições aos conselheiros ficais, bastaria que o artigo 26 fizesse uma referência ao artigo 17 da mesma lei.

É claro que a decisão do legislador, ao elaborador o texto de lei, talvez não tenha sido a mais acertada, uma vez que ela poderia ter estendido de forma expressa as restrições do artigo 17 aos conselheiros fiscais e aos membros dos comitês de avaliação, considerando a importância dessas funções.

Dessa forma, através do estudo proposto por este artigo restou evidenciada que a extensão dos impedimentos aos órgãos de assessoramento abordados, não se trata de uma medida legislativa adequada, uma vez que, se a lei poderia ser melhor, o caminho mais apropriado para a resolução do problema seria alterá-la, e não construir interpretação extensiva com a finalidade de aprimorar o texto legal e preencher lacunas, abrindo precedentes para debates, discussões e mais insegurança jurídica.

Sendo assim, considerando que não existe qualquer menção expressa da aplicação dos impedimentos previstos no artigo 17, §2, da Lei das Estatais aos membros indicados ao Comitê de Indicação e Avaliação e ao Conselho Fiscal, a CVM apenas poderia recomendar, como boa prática, que as estatais adotassem estas restrições aos cargos de assessoramento, até que, de fato, seja realizada alguma alteração legislativa.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo Osternack. **Lei das Estatais: Espectro de Incidência e Regras de Governança**. In: JUSTEN FILHO, M. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016 – “Lei das Estatais”. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. pp. 65/66.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. Ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **Desafios da lei das estatais: papel do Estado e eficiência**. 2017. Disponível em: < https://www.zenite.blog.br/desafios-dalei-das-estatais-papel-do-estado-e-eficiencia/>. Acesso em 17 de junho de 2021.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao .htm>. Acesso em: 12 de junho de 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Planalto, Brasília, DF, dezembro 1976. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/ l6385.htm>. Acesso em: 18 de junho de 2021.

BRASIL, **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre a Sociedade por Ações, Brasília, DF, dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm> Acesso em: 18 de junho de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias**.** Planalto, Brasília, DF, jun 2016. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303. htm>. Acesso em: 10 de abril de 2021.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. 21ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais; Procedimento Comum nº 1006938-45.2018.4.01.3800; Relator: Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves; Belo Horizonte; Sentença de 04 de julho de 2019.

CAMARGO, André Antunes Soares de; DEUBEX, Júlio. **As determinações do art. 17 da Lei das Estatais valem para eleição de conselheiros fiscais?** 2020. Disponível em: <https://capitalaberto.com.br/secoes/antitese/as-determinacoes-do-art-17-da-lei-das-estatais-valem-para-eleicao-de-conselheiros-fiscais/> Acesso em: 10 de abril de 2020.

CVM. **Processo Administrativo CVM 19957.008923/2016-12**. Voto Dir. Henrique Balduino Machado Moreira. Julgado em: 27 dez. 2016.

CVM. **Processo Administrativo CVM 19957.011269/2017-05**. Voto Pres. Marcelo Barbosa. Julgado em: 05 jan. 2018.

CVM. **Processo Administrativo CVM 19957.004466/2018-41**. Voto Dir. Henrique Balduino Machado Moreira. Julgado em: 26 abr. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. vol. 2: direito de empresa. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 178.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Primeiras questões sobre a Lei 13.303/2016 – o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais.** Revista dos Tribunais, vol. 974, p. 171-198, dez. 2016

FERRAZ, Sergio. **Das regras de governança corporativa, transparência e gestão de riscos**. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura, v. 7, p. 109-137, out./dez. 2018.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FONTE FILHO, Joaquim Rubens. **Como Andam as Práticas de Gestão e Governança dos Fundos de Pensão no Brasil.** IN: 25º Congresso da ABRAPP, outubro, Fortaleza, Instituto Brasileiro De Governança Corporativa (CE). Guia de orientação para o conselho fiscal. São Paulo: IBGC, 2004.

GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 589KB.

IBGC. **Governança Corporativa** – IBGC. Disponível em http://www.ibgc.org.br/index.php/governanca/governanca-corporativa>. Acesso em 16 de junho de 2021.

IBGC. **Origens da Governança Corporativa** – IBGC. Disponível em < https://www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa>. Acesso em 15 de junho de 2021.

LAMB, Roberto. **Modelagem para uma investigação da efetiva função do conselho fiscal nas sociedades por ações brasileiras – relatório de pesquisa**. EA/UFRGS, Porto Alegre, 2002.

LORIA, Eli; KALANSKY, Daniel. **A CVM e a Lei das Estatais.** 2018. Disponível em: <https://lklaw.com.br/imprensa-e-artigos/a-cvm-e-a-lei-das-estatais/>. Acesso em: 10 de abril de 2021.

LUPION, Ricardo. **Estatuto jurídico das estatais: governança além da forma.** Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor, Brasília, v. 5, nº 1, p.125-165, jan./jun. 2018.

MATIAS-PEREIRA, José. **A governança corporativa aplicada no setor público brasileiro**. APGS, Viçosa, v.2, n.1, pp. 109-134, jan./mar. 2010.

MENDES, Humberto Cestaro Teixeira. **Lei das Estatais busca por gestões mais probas e eficientes**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez16/humberto-mendes-lei-estatais-busca-gestoes-eficientes>. Acesso em 15 de junho de 2021.

NOHARA, Irene. **Mudanças promovidas pela nova Lei das Estatais: pontos fortes e fracos.** Disponível em: <www.direitoadm.com.br>. Acesso em: 16 de junho de 2021.

PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Corrupção e *compliance* nas empresas públicas e sociedades de economia mista: racionalidade das disposições da Lei de Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016).** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: v. 277, n. 1, p. 241- 272, jan./abr. 2018.

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Andressa Bueno Prussak[1]

Resumo: Esta pesquisa aborda uma das significativas mudanças ocorridas na legislação processual brasileira a partir do advento do Código de Processo Civil de 2015. A estabilização da tutela antecipada antecedente representa, no âmbito das tutelas provisórias de urgência, a imutabilidade dos efeitos da decisão antecipatória, desde que não haja interposição do recurso cabível pela parte demandada ou ainda o ajuizamento de ação modificativa no prazo de dois anos. Ademais, para obter a antecipação não se faz necessário sequer que o autor utilize de profunda exposição da lide, basta que com o pedido de tutela antecipada indique-se o pedido final, sem prejuízo de posterior aditamento. A medida se justifica em virtude de por vezes não dispor a parte autora de tempo hábil para discorrer sobre o seu direito de maneira completa. De modo que, a ferramenta em questão tem por finalidade proporcionar às partes solução célere e efetiva aos litígios, evitando o perecimento do direito e consequentemente da justiça.

Palavras-chave: Duração razoável do processo. Estabilização. Tutela provisória.

Abstract: This research addresses one of the significant changes that occurred in the Brazilian procedural legislation since the advent of the 2015 Code of Civil Procedure. there is no filing of the appropriate appeal by the defendant or the filing of a modifying action within two years. In addition, in order to obtain the anticipation, it is not even necessary for the author to use a deep exposition of the dispute, it is enough that together with the request for advance protection indicate the final request, without prejudice to subsequent addition. The measure is justified by the fact that sometimes the plaintiff does not have enough time to fully discuss his or her rights. So, the tool in question aims to provide the parties with a quick and effective solution to disputes, avoiding the perishing of the law and consequently of justice.

Keywords: *Reasonable process duration. Stabilization. Provisional guardianship.*

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como propósito discorrer sobre a inovação do Código de Processo Civil de 2015 ao prever a estabilização da tutela antecipada antecedente, apresentando-se as características dessa ferramenta e como ela se dá no processo. O tema apresenta controvérsias na doutrina em alguns aspectos, sendo que, tratando-se de procedimento novo, na prática, não há como observar com profundidade a funcionalidade da medida.

A finalidade da denominada estabilização é proporcionar que a prestação jurisdicional culmine em constituir a justiça de forma útil e efetiva. Ao passo que a morosidade processual representa empecilho na busca pela resolução de conflitos com a efetividade almejada, haja vista a relação direta entre a efetividade e o aclamado princípio da duração razoável do processo, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988.

Assim, aqueles que diante de uma situação de urgência necessitem de provimento jurisdicional para satisfazer seu direito podem se socorrer de decisão antecipatória, sem que seja preciso apresentar petição inicial completa. Bastando que juntamente ao pedido de tutela antecipada se indique o pedido de tutela final, bem como os requisitos legais para concessão da tutela provisória.

1. Advogada, graduada em Direito pela Universidade da Região de Joinville – Univille. E-mail: andressabuenoprussak@gmail.com.

Definem-se como pressupostos da tutela provisória a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. A análise do pleito decorre de cognição sumária e, em virtude disso, tem-se celeridade na tomada de decisão.

Neste aspecto, discute-se a hipótese de estabilização da tutela antecipada. Tal medida é possível quando a pretensão se revestir de caráter satisfativo e antecedente, previsto no artigo 303 do Código de Processo Civil. De maneira que, se a decisão que conceder a tutela antecipada não for alvo de recurso, esta torna-se estável e o processo será extinto. Essa decisão antecipatória pode ser revista no prazo de dois anos (artigo 304, § 5º do Código de Processo Civil).

Observa-se que as principais discussões acerca da estabilização decorrem do meio pelo qual é possível evitá-la, se apenas através de recurso ou se por contestação. E também a sua distinção em relação à coisa julgada. Por conseguinte, surge o questionamento se a tutela antecipada gera efetividade e celeridade, se ela atende às partes sem acabar gerando mais impasses, frente a um conflito sem resolução definitiva que acarrete insegurança.

Portanto, ante a relevância do tema este artigo visa expor a funcionalidade desta inovação, seus pressupostos, a possibilidade de modificação, bem como eventuais discrepâncias com o objetivo a que se destina, tal seja a prestação jurisdicional célere e efetiva.

1. TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A tutela provisória encontra-se disposta no Livro V do Código de Processo Civil, a partir do qual há a possibilidade de concessão de tutelas provisórias seja nos processos de conhecimento ou de execução, desde que observados os pressupostos legais.

Nas palavras de Rios Gonçalves (2016), seria possível conceituá-la como a tutela diferenciada, emitida em cognição superficial e caráter provisório, que satisfaz antecipadamente ou assegura e protege uma ou mais pretensões formuladas, em situação de urgência ou nos casos de evidência.

Assim, pode-se dizer que na tutela provisória não há cognição exauriente, qual seja uma análise consistente que considere questões de fato e de direito de maneira exaustiva. Neste ponto, justifica-se a ausência de caráter definitivo.

A cognição sumária se dá ao passo que não há afirmação, na decisão que concede a tutela provisória, se o direito invocado existe ou não. Desnecessária, portanto, a certeza do dano, bastando o convencimento da possibilidade que o dano ocorra, isto é, haja plausibilidade do alegado.

Sobre o assunto Didier Jr. (2016, p. 609) discorre:

> O juiz não dispõe de um termômetro ou medidor preciso. Sua análise é casuística. O que importa é que, de uma forma geral, o juiz se convença suficientemente de que são prováveis as chances de vitória da parte e apresente claramente as razões da formação de seu convencimento.

Todavia, por meio da tutela provisória é possível obter a pretensão ajuizada tanto para receber o bem da vida pleiteado desde logo, como para garantir o recebimento futuro.

Nesse contexto, manifesta-se a função primária das tutelas provisórias de proporcionar maior rapidez e efetividade ao processo. Haja vista que é sabido que a lentidão processual gera prejuízos, principalmente àquele cujo o direito material socorre.

Logo, o ato de conceder um pedido antecipadamente que seria concedido apenas no final do processo ou promover a garantia de eficácia do pedido, é imprescindível para o provimento jurisdicional eficaz.

Acerca das características das tutelas provisórias Rios Gonçalves (2016) assevera que a tutela provisória pode ser classificada pela sua natureza, fundamentação ou momento em que requerida. Conforme a natureza, pode ser antecipada ou cautelar; quanto à fundamentação, de urgência ou de evidência; e quanto ao momento de concessão, antecedente ou incidental.

Quanto à natureza, disposta no parágrafo único do artigo 294 do Código de Processo Civil, constata-se que a distinção entre a tutela antecipada e a cautelar decorre do fato de na primeira ser cabível o deferimento dos efeitos pleiteados logo no início do processo, ou seja, tem caráter satisfativo, enquanto na segunda há concessão de uma medida capaz de resguardar o direito da parte (RIOS GONÇALVES, 2016).

Note-se que com a tutela antecipada ocorre a satisfação da pretensão do autor logo no início do processo, em virtude do ajuizamento da ação. Entretanto, a satisfação não se dá de maneira plena, pois será sempre provisória, dependendo de posterior provimento definitivo.

Em relação à fundamentação, ela pode ser de urgência ou de evidência. Referem-se, então, aos fundamentos utilizados pelo juiz para o deferimento.

A tutela de urgência encontra respaldo no artigo 300 do Código de Processo Civil, sendo requisitos para concessão o *fumus boni iuris*, ou seja, a probabilidade do direito, e o *periculum in mora*, isto é, o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. De outro norte, a tutela de evidência independe da demonstração de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. A evidência constitui-se através de prova das alegações de fato e probabilidade de acolhimento do pedido. E seu deferimento é condicionado às hipóteses elencadas no artigo 311 do Código de Processo Civil, sendo que esta será sempre incidental (RIOS GONÇALVES, 2016).

No tocante ao momento de concessão, as tutelas provisórias podem ser antecedentes ou incidentais. Será antecedente quando a tutela for formulada antes do pedido principal. E incidental quando a tutela for requerida no bojo do processo anteriormente ajuizado, ante uma situação de urgência. Há de se ressaltar que inexiste, na vigência do Código de Processo Civil de 2015, a formação de processo autônomo para concessão da tutela provisória, em virtude do processo sincrético (RIOS GONÇALVES, 2016).

As decisões que concedem ou indeferem a tutela provisória, como dito anteriormente, decorrem de cognição sumária. Desse modo, não são definitivas e podem ser revistas a qualquer tempo, nos moldes do artigo 296 do Código de Processo Civil. No entanto, para modificá-la deve o magistrado justificar sua decisão em alterações das situações de fato ou o surgimento de nova prova (artigo 298 do Código de Processo Civil).

Para ilustrar as alterações das circunstâncias fáticas, transcreve-se o trecho da obra de Rios Gonçalves (2016, p. 354):

> O juiz esclarecerá qual a circunstância fática que, alterada, justifica o reexame. Não lhe é possível alterar a decisão anterior apenas por ter mudado de opinião. É indispensável que tenham ocorrido alterações fáticas – o perigo que não existia anteriormente manifestou-se, ou que antes havia desapareceu, por exemplo – para que o juiz possa justificar a mudança na sua decisão.

Se não houver revogação ou substituição por tutela definitiva, a tutela provisória conserva sua eficácia, e por conseguinte produz efeitos, ainda que haja suspensão do processo (artigo 296, parágrafo único, do Código de Processo Civil).

Na sequência, dispõe o artigo 297 do Código de Processo Civil que *o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória.* Justifica-se essa atribuição ao juiz, ante a necessidade de afastar eventuais obstáculos a efetividade da medida deferida.

Cediço que é competente para apreciar a tutela provisória o juízo da causa, quando o processo estiver em curso, ou aquele competente para conhecer o pedido principal, quando se tratar de tutela antecedente, ou seja, antes de ser deduzido o pedido principal (artigo 299 do Código de Processo Civil). Se houver recurso interposto, o tribunal será competente. Contudo, discute-se a possibilidade de o juízo incompetente, diante de prejuízo imediato à parte, proferir a decisão urgente e depois remeter o processo ao juízo competente.

No que se refere a legitimidade para requerer a tutela provisória, Theodoro Jr. (2020, p. 663) expõe:

> Partes no procedimento relativo à tutela provisória, como é óbvio, são as mesmas do processo principal. Não necessariamente na mesma posição processual: a proteção urgente (cautelar) tanto pode ser pleiteada pelo autor como pelo réu da causa principal. O pedido de tutela satisfativa antecedente, todavia, cabe, em regra, apenas ao autor da demanda principal, pois seu aforamento pressupõe antecipação dos efeitos da ação que o requerente já identifica na própria petição inicial da medida provisória, comprometendo a complementá-la, após a execução do provimento urgente, se for o caso (CPC/2015, art. 303, § 1º, I). Quanto às medidas incidentais, o requerimento da tutela satisfativa antecipada poderá, indistintamente, partir de qualquer dos sujeitos do processo principal em curso.

Logo, pode-se dizer que não apenas o autor poderá se socorrer desta ferramenta, ao passo que o réu também pode ser beneficiado com a medida. Salientando-se que eventual tutela provisória requerida pelo réu se revestirá do caráter incidental.

2. TUTELA PROVISÓRIA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

O Código de Processo Civil ao tratar da matéria baliza que tão somente na tutela provisória de urgência é possível o acolhimento do pedido em caráter antecedente, ou seja, sem que antes a parte deduza o pedido principal. Até porque, na tutela de evidência é imprescindível a demonstração da probabilidade do direito do demandante.

No que concerne à tutela de urgência, ela pode ser cautelar ou satisfativa, como exposto no título anterior. Frise-se, a primeira tem por finalidade resguardar um direito, enquanto a segunda entrega determinado direito, satisfazendo a pretensão.

Sobre o assunto, discorre Rios Gonçalves (2016, p. 376):

> A tutela de urgência, antecipada ou cautelar, pode ser deferida em caráter antecedente, isto é, antes que tenha sido formulado o pedido principal, ou antes que ele tenha sido formulado acompanhado de todos os argumentos e documentos necessários. Só a situação de urgência, jamais a de evidência, justifica a concessão em caráter antecedente.

Quanto ao processamento do pedido há de se ressaltar que mesmo tratando-se de tutela antecipada antecedente, não haverá formação de processo autônomo. O pedido

principal ou eventual aditamento do pedido anteriormente apresentado será juntado nos mesmos autos.

Para que seja requerida a tutela antecipada em caráter antecedente, o Código de Processo Civil dispõe no artigo 303 que é necessário haver a indicação do pedido de tutela final, sem prejuízo da exposição da lide e do direito almejado, bem como o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Além disso, devem ser observados os requisitos elencados no artigo 319 do Código de Processo Civil.

> Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Com isso, pode-se dizer que a mera indicação do pedido final basta para o requerimento de tutela antecipada, dispensando-se fortes argumentações ou ainda demonstrações acerca da pretensão. A medida se justifica, visto que ante determinada urgência, não disponha a parte de tempo hábil para instrução do feito de maneira completa. Todavia, é importante ressaltar na exordial que oportunamente far-se-á o aditamento com exposição de documentos e argumentos (artigo 303, § 5º do Código de Processo Civil) a fim de frisar o interesse em provimento jurisdicional definitivo.

Nesse sentido, assevera Bueno (2019, p. 308):

> (...), cabe ao autor, na petição inicial em que requerer a tutela antecipada em caráter antecedente, manifestar sua vontade de valer-se do “benefício previsto no caput deste artigo” (art. 303, § 5º). Este “benefício” merece ser compreendido, a despeito da remissão legislativa, em duas acepções. A primeira diz respeito ao que aqui interessa: para que a petição inicial elaborada com o menor rigor formal tolerado pelo caput do art. 303 não seja mal compreendida, comprometendo, quiçá, seu próprio juízo de admissibilidade. A segunda relaciona-se com a possibilidade de a tutela concedida vir a estabilizar-se na hipótese do art. 304. Na exposição que segue, esta dualidade assume relevo, a ponto de tornar inócuo o “benefício” na primeira acepção.

As custas iniciais serão integralmente recolhidas quando do ajuizamento da ação, ainda que seja apresentado apenas o pedido de tutela antecipada. E não incidirão novas custas quando realizado o aditamento (artigo 303, § 3º do Código de Processo Civil). Ainda na petição inicial o autor deverá indicar o valor da causa considerando o pedido final (artigo 303, § 4º do Código de Processo Civil).

Se não houver elementos suficientes para concessão da tutela antecipada, o juízo determinará a emenda da petição inicial, no prazo de cinco dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito (artigo 303, § 6º do Código de Processo Civil).

De outra sorte, na hipótese de a tutela antecipada ser deferida, o demandante será intimado para, no prazo de quinze dias ou outro maior fixado pelo juiz, proceder ao aditamento da petição inicial. Neste momento, complementar-se-á o pedido final, deduzindo todas as razões de fato e de direito e juntando documentos pertinentes para o deferimento da tutela definitiva (artigo 303, § 1º, inciso I do Código de Processo Civil). O não aditamento acarreta a extinção do processo sem resolução de mérito (artigo 303, § 2º do Código de Processo Civil).

Ademais, o réu será citado e intimado da decisão que deferiu a tutela antecipada, oportunizando que este interponha o recurso cabível, ou seja, o agravo de instrumento. Sendo este o meio capaz de evitar a estabilização da tutela deferida.

Se interposto o recurso, não há prejuízo da realização de audiência conciliatória, nos moldes do artigo 334 do Código de Processo Civil. E, não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do artigo 335 do referido diploma processual. De outra sorte, a inércia do réu gera a estabilização da tutela e a extinção do processo.

Acerca do posicionamento do réu Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 224) discorrem:

> (...) o processo só prosseguirá rumo à audiência de conciliação e mediação, se o réu interpuser agravo de instrumento contra a decisão que antecipou a tutela (art. 304). Se não o fizer, a decisão torna-se estável e o processo é extinto (art. 304, § 1º, 3º, 5º e 6º). Vale dizer: o juízo a respeito da tutela antecipada permanece procedimentalmente autônomo e a decisão provisória torna-se estável. Com isso, incentivado pela doutrina, o legislador logra seu intento de autonomizar e estabilizar a tutela antecipada.

Em virtude do parágrafo único do artigo 305 do Código de Processo Civil, caso pleiteada tutela cautelar antecedente, quando em verdade a hipótese refere-se à tutela antecipada, o magistrado poderá receber como se tutela antecipada fosse.

Neste ponto, Marinoni, Arenhart e Mitidiero destacam (2015, p. 294):

> O novo Código não repetiu com a mesma regra da fungibilidade entre as tutelas que podem ser obtidas mediante a técnica antecipatória, na medida em que o art. 305, parágrafo único, CPC, refere-se às tutelas provisórias requeridas em caráter antecedente. Porém, tendo em conta a necessidade de aproveitamento dos atos processuais – por força do princípio da duração razoável do processo e da necessidade de promoção da economia processual dele decorrente – e a necessidade de se privilegiar a prolação de decisões de mérito em detrimento de decisões puramente formais para a causa (art. 317, CPC) é certo que, atendidos os pressupostos legais para concessão, há ampla fungibilidade entre as tutelas provisórias: quer formulado o pedido de maneira incidental, quer de maneira antecedente, há fungibilidade entre as tutelas que podem ser obtidas mediante a técnica antecipatória.

Sobre o assunto na I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal – 2017 estabeleceu-se:

> Enunciado 45. Aplica-se às tutelas provisórias o princípio da fungibilidade, devendo o juiz esclarecer as partes sobre o regime processual a ser observado.

Destarte, em razão da fungibilidade entre as tutelas, os atos processuais já praticados, ainda que sob o regime processual equivocado, serão aproveitados. Mais uma vez, atentando-se para os princípios da economia processual e da duração razoável do processo.

3. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Alinhando-se ao objetivo do presente estudo, passa-se a discorrer por meio de breves reflexões acerca da estabilização da tutela antecipada antecedente, mais especificamente no que se refere aos pressupostos a serem observados e a possibilidade de sua modificação.

Inicialmente urge destacar que a concessão da tutela antecipada é uma ferramenta a disposição daqueles que têm urgência na satisfação de seus direitos. Sendo que não há ofensa ao contraditório e ampla defesa, visto que é proporcionado ao réu impugnar a decisão antecipatória através de recurso, salientando-se que ausente o caráter definitivo na decisão em questão.

Nesse diapasão, pontua Alvim (2017, p. 185):

> A concessão da antecipação de tutela com autonomia, nos moldes dos arts. 303 e 304 do CPC/2015, prestigia a efetividade da prestação jurisdicional, adequando-a à situação de direito material e aos interesses das partes em conflito. Não há, cumpre adiantar, qualquer inconstitucionalidade nesse procedimento abreviado. Não estão obstados o acesso à jurisdição e a possibilidade de obtenção de decisão final de mérito formatada após cognição exauriente e com aptidão de imutabilidade. Apenas se reconhece que, muitas vezes, a tutela concedida com base em cognição sumária é suficientemente capaz de resolver a crise de direito material, colocando esse mecanismo à disposição das partes.

É certo que a morosidade processual revela-se como um dos nefastos causadores do afastamento da efetividade na prestação jurisdicional, haja vista a correlação entre efetividade e o princípio da duração razoável do processo, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988.

Outro aspecto a ser levado em consideração são os efeitos do tempo a cada parte, ao passo que a demora do processo acaba por ser mais prejudicial a uma das partes – geralmente o autor – e representar uma vantagem à outra. Assim, não é razoável que diante de certas situações dispense-se eventual medida mais célere (BUENO, 2018).

Ademais, em que pese haja forte tendência em acreditar-se que a lentidão processual é mais severa ao autor, há que se frisar que nem sempre o autor tem razão.

Ante este cenário, o atual Código de Processo Civil contempla a denominada estabilização da tutela antecipada antecedente como ferramenta capaz de abreviar o processo e tornar possível a satisfação do direito pleiteado antes da conclusão da instrução processual e posterior julgamento.

Sobre referida inovação processual, Lamy (2018, p. 85) afirma que:

> Se, antes, a certeza, calcada na obtenção da verdade por uma cognição exauriente, norteava a forma como se encarava o processo, a partir do NCPC, a probabilidade, obtida por uma tutela em cognição sumária, é apta a criar um estado de fato passível de pôr fim ao processo nos casos em que a medida satisfativa é requerida em caráter antecedente. Embora a existência da cognição sumária não seja novidade na lei processual civil brasileira, como no procedimento monitório, a proliferação de sua utilização é marca do NCPC e, em particular, a sua estabilização é uma inovação no panorama nacional.

Na hipótese de após a concessão da tutela antecipada antecedente, o autor proceder ao aditamento da inicial no prazo de quinze dias, ou maior que o juiz fixar, sendo

recebido o aditamento, e tendo o réu agravado a decisão de concessão (artigo 296 do Código de Processo Civil) não incidirá a estabilização.

De outra banda, para haver a estabilidade da tutela antecipada, elenca Rios Gonçalves (2016) ser necessário que: a) o autor não adite a inicial, caso contrário o processo correria até o julgamento definitivo; b) o réu não interponha recurso da decisão que concedeu a tutela (artigo 304 do Código de Processo Civil).

Em contraponto, outros autores, tal como Lamy (2018), indicam como pressupostos da estabilização: a) deferimento da tutela satisfativa antecedente; b) não interposição de recurso. Sendo assim, o aditamento da inicial não interferiria na estabilização e na extinção do processo. Nessa esteira, ainda que realizado o aditamento, o processo não seguiria para julgamento definitivo.

Defende Lamy (2018) que, caso o autor objetive a tutela definitiva, a única alternativa seria ajuizar nova demanda (§ 2º do artigo 304 do Código de Processo Civil):

> Verificado o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela e não interposto o recurso, não há, na dicção literal do dispositivo de regência, qualquer possibilidade ao autor em continuar a marcha processual, ainda que almeje ver a situação jurídica definitivamente resolvida. Não lhe restaria alternativa senão manejar a ação própria a que se refere o § 2º do art. 304 do NCPC. (LAMY, p. 91, 2018).

Há, portanto, divergência doutrinária quanto estabilização e a extinção do processo sem resolução do mérito, quando ainda que aditada a inicial o réu não apresentar o recurso competente.

Sobre o tema pondera Rios Gonçalves (2016, p. 379):

> Se o autor aditou a inicial, manifestou interesse em obter a solução definitiva do conflito, em cognição exauriente e não superficial. Por isso, não parece razoável extinguir o processo sem resolução de mérito apenas porque o réu não agravou. A ideia de estabilidade é a de alcançar o resultado pretendido sem a necessidade de cognição exauriente. Mas é direito do autor obter a cognição exauriente, se ele assim preferir.

Desse modo, extinguir o processo mesmo que haja aditamento da petição inicial significaria condicionar o processo à atitude do réu. No entanto, há que sopesar que caso o autor se contente com a decisão antecipatória – provisória – tão somente, não há óbice para a extinção do processo. Pois, se concedida a tutela antecipada, decorrido o prazo recursal e tendo o réu quedado-se inerte, sem que o autor adite a inicial o processo será extinto. Porém, neste ponto há autores que afirmam que será extinto o processo e os efeitos da tutela deferida (DONIZETTI, 2019), enquanto há quem afirme que o processo será extinto e a tutela se estabilizará e continuará a produzir efeitos (RIOS GONÇALVES, 2016).

Sobre esse assunto Theodoro Jr. (2020) afirma que se o pedido foi almejando a tutela antecipada, o aditamento fica a critério do autor e ainda que extinto o processo conservar-se-á o provimento jurisdicional já emitido.

Contudo, nesse aspecto Bueno (2019) destaca que só é possível o autor decidir se adita ou não a petição inicial quando o juiz fixar prazo superior aos quinze dias que o réu tem para recorrer, pois caso contrário o autor não saberá de antemão a atitude do réu.

Logo, se não houver aditamento, tampouco recurso, o processo será extinto sem resolução de mérito (artigo 303, § 2º do Código de Processo Civil). Se, ainda que não aditada, houver agravo pendente de julgamento, não há que se falar em estabilidade e

extinção do processo, até o julgamento do agravo, visto que pode haver reforma da decisão que concedeu a tutela.

Outro aspecto a ser observado é a possibilidade de haver mais pedidos além do mérito que será atingido pela estabilização, bem como a concessão da tutela antecipada ser parcial, hipótese em que não ocorrerá a extinção do processo, posto que é imprescindível o prosseguimento do feito para apreciação da lide integralmente (REDONDO, 2015).

Ademais, quanto aos pressupostos para estabilização Didier Jr. (2016, p. 618) assevera a necessidade de o autor indicar na petição inicial o interesse na tutela antecedente e na estabilização:

> A opção pela tutela antecedente deve ser declarada expressamente pelo autor (art. 303, § 5º, CPC). Um dos desdobramentos disso é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada, caso o réu seja inerte contra decisão que a conceda (art. 304, CPC). Os arts. 303 e 304 formam um amálgama. Desse modo, ao manifestar a sua opção pela tutela antecipada antecedente (art. 303, § 5º, CPC), o autor manifesta, por consequência, a sua intenção de vê-la estabilizada, se preenchido o suporte fático do art. 304.

Além disso, segundo Bueno (2019), é fundamental para que haja a estabilização a informação expressa, no mandado de citação, de que a não interposição de recurso acarretará estabilização da tutela deferida.

Vale mencionar que a estabilização representa vantagem também ao réu, uma vez que estabilizada a tutela, não será atribuído a ele o pagamento de custas processuais e os honorários advocatícios terão percentuais reduzidos (DONIZETTI, 2019).

Sobre essa questão tem-se o Enunciado 18 do ENFAM:

> Enunciado 18. Na estabilização da tutela antecipada, o réu ficará isento do pagamento das custas e os honorários deverão ser fixados no percentual de 5% sobre o valor da causa.

Acerca da posição do réu, conforme indicado no item anterior do presente estudo, após concedida a tutela antecipada, o meio capaz de evitar a estabilização é a interposição de recurso, tal seja, o agravo de instrumento no prazo legal a contar da intimação da decisão antecipatória (artigos 231 e 304 do Código de Processo Civil).

Outrossim, havendo litisconsórcio passivo, há divergência doutrinária se a interposição de recurso por um dos réus impede a estabilização da tutela, de modo que beneficia os demais inertes (ROMANO, 2017).

Sobre o assunto, Rios Gonçalves (2016) assevera ser necessário observar o regime do litisconsórcio: quando unitário o ato praticado por um dos réus beneficia os demais; quando simples ter-se-á o regime de autonomia, havendo estabilização apenas em relação aos réus que não tenham recorrido.

No entanto, discute-se se qualquer outra manifestação do réu, ainda que não recursal, seria capaz de evitar o fenômeno da estabilização. Assim, renomada doutrina entende que tendo o réu apresentado manifestação, seja na forma de contestação ou simples petição, com o fito de impugnar a decisão antecipatória há evidente vontade do demandado em debater e via de consequência ver o prosseguimento do feito (BUENO, 2019).

Sobre essa questão pontua Bueno (2019, p. 312):

> A melhor resposta, penso, é a de aceitar interpretação ampliativa do texto do caput do art. 304. Qualquer manifestação expressa do réu em sentido contrário à tutela provisória antecipada em seu desfavor deve ser compreendida no sentido de inviabilizar a incidência do art. 304. (...) Destarte, desde que o réu, de alguma forma, manifeste-se contra a decisão que concedeu a tutela provisória, o processo, que começou na perspectiva de se limitar à petição inicial facilitada pelo caput do art. 303 (que é a primeira acepção da palavra "benefício" do § 5º do art. 303, como identifiquei no n. 6.1, supra), prosseguirá para que o magistrado, em amplo contraditório, aprofunde sua cognição e profira oportunamente decisão sobre a "tutela final", apta a transitar, como se costuma afirmar, materialmente em julgado. A hipótese, faço questão de esclarecer, não tem o condão de infirmar a tutela antecipada já concedida. Ela, apenas, evita a sua estabilização.

Em contrapartida, há estudiosos que defendem ser possível evitar a estabilização da tutela antecipada apenas a partir da interposição do agravo de instrumento.

Corroborando a esta corrente, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.797.365-RS, em 03 de outubro de 2019, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que somente com a interposição de agravo de instrumento o réu pode impedir a estabilização da tutela provisória prevista no artigo 304 do Código de Processo Civil. Do qual se extrai as seguintes informações do inteiro teor:

> A não utilização da via própria – agravo de instrumento – para a impugnação da decisão mediante a qual deferida a antecipação da tutela em caráter antecedente, tornará, indubitavelmente, preclusa a possibilidade de revisão, excetuando a hipótese da ação autônoma. Não merece guarida o argumento de que a estabilidade apenas seria atingida quando a parte ré não apresentasse nenhuma resistência, porque, além de caracterizar o alargamento da hipótese prevista para tal fim, poderia acarretar o esvaziamento desse instituto e a inobservância de outro já completamente arraigado na cultura jurídica, qual seja, a preclusão. Isso porque, embora a apresentação de contestação tenha o condão de demonstrar a resistência em relação à tutela exauriente, tal ato processual não se revela capaz de evitar que a decisão proferida em cognição sumária seja alcançada pela preclusão, considerando que os meios de defesa da parte ré estão arrolados na lei, cada qual com sua finalidade específica, não se revelando coerente a utilização de meio processual diverso para evitar a estabilização, porque os institutos envolvidos – agravo de instrumento e contestação – são inconfundíveis. Interpretação diversa acabaria impondo requisitos cumulativos para o cabimento da estabilização da tutela deferida em caráter antecedente: i) a não interposição de agravo de instrumento; e ii) a não apresentação de contestação. Ora, tal conclusão não se revela razoável, porquanto a ausência de contestação já caracteriza a revelia e, em regra, a presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte autora, tornando inócuo o inovador instituto. Outrossim, verifica-se que, durante a tramitação legislativa, optou-se por abandonar expressão mais ampla – "não havendo impugnação" (sem explicitação do meio impugnativo) – e o art. 304 da Lei n. 13.105/2015 adveio contendo expressão diversa – "não for interposto o respectivo recurso". Logo, a interpretação ampliada do conceito caracterizaria indevida extrapolação da função jurisdicional. (STJ, Primeira Turma, REsp 1.797.365/RS, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Data do julgamento: 3/10/2019, Data da publicação: DJe 22/10/2019).

A decisão contraria o precedente firmado no Recurso Especial nº 1.760.966/SP, em 04 de dezembro de 2018, em que a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que a contestação também seria apta a elidir a estabilização de tutela antecipada, cujo seguinte trecho se extrai do voto:

> Ora, não se revela razoável entender que, mesmo o réu tendo oferecido contestação ou algum outro tipo de manifestação pleiteando o prosseguimento do feito, a despeito de não ter recorrido da decisão concessiva da tutela, a estabilização ocorreria de qualquer forma.
> Com efeito, admitir essa situação estimularia a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, quando bastaria uma simples manifestação do réu afirmando possuir interesse no prosseguimento do feito, resistindo, assim, à pretensão do autor, a despeito de se conformar com a decisão que deferiu os efeitos da tutela antecipada.
> Da mesma forma, tal situação também acarretaria um estímulo desnecessário no ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. (STJ, Terceira Turma, REsp 1.760.966/SP, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data do julgamento: 4/12/2018, Data de publicação: DJe 7/12/2018).

Outra grande novidade da estabilização é manter a eficácia da tutela satisfativa mesmo que extinto o processo sem resolução de mérito enquanto não sobrevier ação com a finalidade de revogá-la ou revesti-la de definitividade.

Para questionar a decisão antecipatória estabilizada é necessário ajuizar nova demanda, pois a discussão não implica reabertura do processo anteriormente extinto por sentença. Entretanto, é possível o desarquivamento dos autos para extração de cópias da petição inicial e da decisão antecipatória a fim de instruir a ação modificativa (BUENO, 2018).

Além do mais, o juízo no qual houve concessão da tutela é prevento para julgamento da ação ora citada (artigo 304, § 4º, do Código de Processo Civil).

Dessa forma, a revisão, invalidação ou reforma da decisão se dá por meio de propositura de ação, no prazo de dois anos a teor do § 5º do artigo 304 do Código de Processo Civil.

Todavia, discute-se se após esse prazo há formação da coisa julgada. O § 6º do artigo 304 do Código de Processo Civil afasta expressamente a coisa julgada, frise-se porém que decorrido o prazo de dois anos não há possibilidade de ajuizar demanda para rever, invalidar ou reformar tão somente a decisão antecipatória. Trata-se de prazo decadencial que representa a perda do direito de atacar os efeitos da decisão que concedeu a tutela antecipada. Entretanto, é cabível a propositura de ação incompatível com a tutela deferida (BUENO, 2019).

Nesses termos discorre Bueno (2019, p. 314):

> O § 6º do art. 304, a propósito, tem o condão de evitar discussões interessantíssimas sobre haver, ou não, a chamada coisa julgada material (no sentido de ela, a coisa julgada, ostentar também eficácia externa ao processo) na decisão que concedeu a tutela antecipada a final estabilizada. Não há e nisto o dispositivo é claríssimo, revelando qual é a opção política que, a este respeito, fez o legislador. (...) O que é alcançado por aqueles dois anos só pode ser o questionamento dos próprios efeitos práticos da tutela antecipada, ampliando-os por iniciativa do autor da medida; eliminando-os ou reduzindo-os, a cargo do réu. Pensar diferentemente é compreender que as mais variadas pretensões de direito material que possam confrontar o que restou estabilizado estejam sujeitas ao prazo de dois anos a que se refere o § 5º do art. 304. Não consta que o CPC de 2015 tenha querido (ou pudesse) ir tão longe. Assim, o prazo de dois anos referido no § 5º do art. 304 extingue o direito de os interessados voltarem-se aos efeitos da tutela antecipada antecedente, revendo-os, reformando-os ou invalidando-os. Por isso, trata-se de prazo decadencial, a fulminar aquele (e só aquele) direito.

Ainda que não haja coisa julgada material, não é possível discutir a mesma matéria em demanda idêntica àquela na qual foi alcançada a estabilização. Assemelhando-se assim a estabilização à coisa julgada, pois há irradiação de efeito equivalente ao da coisa julgada – indiscutibilidade externa – no entanto com a estabilização não há a declaração da existência do direito (STRECK, 2017).

Sobre o tema afirma Donizetti (2019, p. 488):

> Não se trata de extinção com resolução de mérito, pois não há qualquer pronunciamento sobre o mérito da causa, muito menos declaração sobre a causa de pedir (fatos e a respectiva valoração deles), essa sim com aptidão para gerar coisa julgada material. Também não se trata de extinção sem resolução do mérito, uma vez que o processo ultrapassou a fronteira da análise dos requisitos do processo. Os requisitos para o exame do mérito foram apreciados antes da análise do pedido de tutela antecipada e encontravam-se presentes, caso contrário, não se chegaria ao deferimento do pedido de antecipação de tutela. A estabilização recai sobre a "situação estabilizanda". Quanto à crise do direito em si, de forma exauriente, nada foi dito. Com a estabilização dos efeitos da tutela espera-se que as partes se sintam desmotivadas a ajuizar uma demanda. O que não poderão, ultrapassados os dois anos, é discutir os efeitos da "situação estabilizanda". Nada obsta, entretanto, que discutam a lide na sua globalidade.

Desta feita, decorrido o prazo de dois anos para o ajuizamento da ação modificativa da decisão antecipatória, Cramer (2017), no Simpósio Brasileiro de Processo Civil ao citar Didier Jr. infere que há em verdade uma gradação da estabilização, sendo que transcorrido o lapso temporal a que se refere o artigo 304 § 5º do Código de Processo Civil, a decisão antecipatória não mais se sujeitará a impugnação, adquirindo maior força.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Neste artigo foi utilizado o método dedutivo e como técnicas de pesquisa a bibliográfica, descritiva, jurisprudencial, legislativa, adotando como embasamento teórico, os estudos de vários autores que tratam do assunto abordado, bem como artigos jurídicos produzidos sobre o tema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa demonstrou a forma pela qual vem sendo entendida e aplicada a estabilização da tutela provisória antecipada requerida em caráter antecedente. Inicialmente, foram expostas as características gerais das tutelas provisórias, fazendo-se as devidas classificações. Na sequência observou-se os principais aspectos em relação à estabilização.

Notadamente, a estabilização da tutela antecipada antecedente se apresenta como a ferramenta capaz de satisfazer de forma mais rápida a pretensão daquele que detém maior probabilidade de direito. Em contrapartida, verificou-se que os juristas tratam o tema com certa divergência.

A decisão antecipatória dispensa a cognição exauriente, a qual considera-se necessária para apurar a verdade dos fatos. Entretanto, a instrução processual geralmente é morosa, assim não parece razoável, diante de uma situação de urgência e verificada a probabilidade das alegações, que a parte aguarde o deslinde do feito, sendo que ao final o provimento jurisdicional não gere a efetividade almejada.

No entanto, há que se considerar o objetivo pelo qual se buscou o Poder Judiciário, posto que a decisão que concede a tutela antecipada não se reveste de caráter definitivo. Caso o autor vise a segurança jurídica, deverá desde logo na petição inicial indicar que pretende a tutela final, bem como proceder ao aditamento a fim de obter julgamento definitivo por meio de sentença que transitada em julgado se constituirá em coisa julgada. Por outro lado, verificou-se que caso o autor se contente com a tutela antecipada, não há óbice para a extinção do processo sem resolução de mérito.

Não obstante, a atitude do réu é de suma importância no que se refere a estabilização. Neste ponto se vê o grande embate entre os estudiosos do direito, em que pese haja recente decisão do Superior Tribunal de Justiça afirmando que tão somente o agravo de instrumento da decisão antecipatória é o meio capaz de evitar a estabilização, observa-se que em um curto lapso temporal o Superior Tribunal de Justiça havia decidido de modo diverso, defendendo que a contestação também seria capaz de evitar a estabilização. Esse último entendimento também é verificado na renomada doutrina, considerando admissíveis outros meios de impugnação, visto que não apenas é válida determinada peça processual manifestando discordância por parte do réu. Outrossim, a exigência de interposição de agravo de instrumento acabaria por aumentar consideravelmente o número de demandas recursais e gerar congestionamento na Segunda Instância.

Além do mais, embora ocorra a estabilização não há que se falar em coisa julgada, devendo ser levado em conta que o instituto não se sobressai da esfera da tutela provisória. Por outro lado, ainda que decorrido o prazo de dois anos da ação modificativa, nessa hipótese apenas há o impedimento de discutir a decisão antecipatória e não o mérito da demanda como um todo.

Pelo exposto, pondera-se a efetividade na prestação jurisdicional frente a concessão da tutela antecipada antecedente. De acordo com os autores mencionados neste estudo, desde que observados os requisitos legais a antecipação da tutela viabiliza a satisfação do direito daquele que possui urgência na resolução de um conflito. Contudo, a busca pelo provimento definitivo não deve ser deixada para trás, uma vez que somente com o julgamento de mérito é possível se adquirir a indispensável segurança jurídica proporcionada pela coisa julgada.

Todavia, tratando-se a estabilização de uma inovação recente no processo civil pátrio não é possível, neste momento, apurar estatisticamente seus reflexos na prestação jurisdicional eficaz e célere.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito processual civil.** 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ASSUMPÇÃO, Jenifer Bacon. A celeuma da estabilização da tutela antecipada antecedente. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CJS-UNIPAR_v.19_n.01.03.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil.** Vol. único. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela provisória no CPC:** dos 20 anos de vigência art. 273 do CPC/73 ao CPC/15. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.797.365-RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. Acd. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, por maioria, julgado em 03/10/2019, DJe 22/10/2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=0658.cod.>. Acesso em 06 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.760.966-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 04/12/2018, DJe 07/12/2018. Disponível em: < http://www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/REsp_1760966_Voto_Relator.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. A estabilização da tutela antecipatória suas controvérsias e a possibilidade de modificação da decisão antecipatória após o transcurso *in albis* do prazo de dois anos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 12. Volume 19. Número 3. Setembro a Dezembro de 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** teoria da prova, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de direito processual civil**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil.** Vol. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. Estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.260.04.PDF >. Acesso em: 13 mai. 2020.

LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Atlas, 2018.

LUNARDI, Fabricio Castagna. **Curso de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito processual civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil. Disponível em: < https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/91449/2015_mitidiero_daniel_autonomizacao_estabilizacao.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 jun. 2020.

MORAES, Eduardo R. Vasconcelos de. Uma breve análise sobre a estabilização de tutela. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/258441/uma-breve-analise-sobre-a-estabilizacao-de-tutela>. Acesso em: 03 mai. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo:** processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais, volume 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 244, jun. 2015

RIOS GONÇALVES, Marcus Vinicius. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROMANO, Rogério Tadeu. **Anotações sobre o litisconsórcio.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62660/anotacoes-sobre-o-litisconsorcio>. Acesso em: 13 mai. 2020.

SIMPÓSIO BRASILEIRO DE PROCESSO CIVIL. 2017, Curitiba-PR. Tutela de urgência e tutela de evidência. ABDCONST.

STRECK, Lenio Luiz. Art. 304. *In*:_____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 449.

SOUZA, Arthur César de. **Tutela provisória:** tutela de urgência e tutela de evidência. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** Vol. I. 61. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/novo-codigo-de-processo-civil/tutela-antecipada-requerida-em-carater-antecedente>. Acesso em: 06 jun. 2020.

ZIMERMANN, Vanessa. Estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. 2018. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Vale do Taquari - Univates, Lajeado, 26 jun. 2018. Disponível em: <https://univates.com.br/bdu/handle/10737/2079>. Acesso em: 13 mar. 2020.

MIGRAÇÕES TRANSNACIONAIS: OS REFLEXOS E DESAFIOS DE UMA PANDEMIA NO CONTEXTO DA INTENSA MOBILIDADE HUMANA TRANSNACIONAL

Carla Cristina Ferreira da Silva[1]
Walter Barbieri Junior[2]

Resumo: O objetivo principal do presente artigo é analisar dentro da circunstância contemporânea a intensa mobilidade humana transnacional e os desafios enfrentados pela população de migrantes e refugiados frente a pandemia provocada pelo novo coronavírus. Por meio de revisão bibliográficas em obras impressas e disponíveis na rede mundial de computadores, abordaremos as migrações transnacionais como uma face da era globalizada e suas implicações; o surgimento da pandemia e sua evolução; o aumento da vulnerabilidade dos migrantes e refugiados com o fechamento de fronteiras e restrições de circulação impostas no mundo. Com base nos dados analisados pode-se verificar que a pandemia causada pelo vírus da COVID-19 intensificou consideravelmente a situação de risco e vulnerabilidade em relação a população migratória particularmente quanto à moradia (residências ou abrigos superlotados) o acesso à serviços de saúde e aos meios de subsistência. Pode-se notar também os reflexos da pandemia no aumento da estigmatização sofrida por este grupo, fatores como xenofobia e racismo multiplicados.

Palavras-chave: Migrações transnacionais. Pandemia. Mobilidade Humana.

Abstract: The main objective of this article is to analyze, within the context of intense transnational human mobility, the challenges faced by the population of migrants and refugees in the face of the pandemic caused by the new coronavirus. Through bibliographic review of printed works available on the world wide web, we will approach transnational migrations as a face of the globalized era and its implications; the emergence of the pandemic and its evolution; the increased vulnerability of migrants and refugees with the closure of borders and restrictions on movement imposed by more than 200 countries and territories. Based on the data analyzed, the pandemic caused by the COVID-19 virus has considerably intensified the situation of risk and vulnerability in relation to the migrant population, particularly in terms of housing (overcrowded homes or shelters) and access to health services and services. subsistence. It can also be noted the reflexes of the pandemic in increasing the stigmatization suffered by this group, factors such as xenophobia and racism multiplied.

Keywords: Transnational migration. Pandemic. Human Mobility.

INTRODUÇÃO

O presente estudo, relacionado a linha de pesquisa Direitos humanos e migração tem por objetivo geral analisar dentro da circunstância contemporânea a intensa mobilidade humana transnacional e os desafios enfrentados pela população de migrantes e refugiados frente a pandemia provocada pelo novo coronavírus.

A intensa mobilidade humana e as migrações transnacionais com todas as suas dimensões e impactos, mobiliza constantemente debates sobre políticas públicas, saúde mental e Direitos Humanos. As questões em torno dos fluxos migratórios e o mundo

1. Advogada. Especialista em Direito Previdenciário e Trabalhista e em Direito Processual. Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito das Migrações Transnacionais– PPGDMT – Curso de Mestrado Profissional Internacional Conjunto em Direito das Migrações Transnacionais na Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, (campus de Itajaí/SC) com dupla titulação na Universitá degli Studi di Perugia – UNIPG-Itália. Endereço: Rua Israel, n. 431. Apto 107. Nações. Balneário Camboriú-SC. CEP 88338-270. E-mail: advcarlacristina@gmail.com.
2. Professor Doutor do Curso de Relações Internacionais e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito das Migrações Transnacionais-Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: walterjr@univali.br. Endereço: Rua Uruguai, 458 - Centro, Itajaí - SC, CEP 88302-901.

sofreram várias transformações, em especial com o processo de globalização que intensificou os fenômenos de deslocamento de pessoas nas últimas décadas.

Além de todos os desafios acerca do tema migrantes, refugiados e apátridas, vivemos atualmente um período em que a humanidade está em alerta, um momento denso e complexo que paralisou o mundo e gerou grande impacto em diversas áreas da sociedade global: a pandemia provocada pelo coronavírus.

Em dezembro de 2019 o vírus denominado COVID-19 surgiu na cidade de Wuhan na China e em pouco tempo se expandiu afetando vários países e infectando milhões de pessoas. Em março de 2020 com o número crescente de casos e a rápida disseminação do vírus, a Organização Mundial de Saúde (OMS) decretou o surto da doença como uma pandemia.

Com o objetivo de realizar a pesquisa proposta, através de revisão bibliográficas em obras impressas e disponíveis na rede mundial de computadores, este trabalho é composto por três capítulos: o primeiro capítulo aborda as migrações transnacionais facilitadas pela era globalizada e seus desafios; o segundo capítulo versa sobre o aparecimento do vírus da Covid-19, sua transmissão e a rápida disseminação da doença por todo o mundo; e o terceiro capítulo aborda a temática da doença infecciosa e o impacto causado na comunidade de migrantes e refugiados, evidenciando como a disseminação do vírus aflorou ainda mais a bandeira e os discursos anti-imigratórios e elevou as dificuldades enfrentadas por esta população, dentre elas o aumento da xenofobia e racismo.

1. MIGRAÇÕES TRANSNACIONAIS: UMA FACE DA GLOBALIZAÇÃO

A mundialização do espaço geográfico, a chamada globalização, teve sem dúvida grande destaque no final do século XX e início do século XXI e sua chegada trouxe grandes revoluções tecnológicas, desenvolvimento industrial, em especial nos setores de transportes e comunicação, tornando cada vez menores as distâncias e as fronteiras geográficas.

Ao abordar o tema globalização, Giddens (1991, p. 60) a define como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa. Segundo o autor, no contexto contemporâneo vivemos todos em um único mundo, o modo como vivemos, uma mudança de nossas próprias circunstancias não é um acidente (GIDDENS, 2007).

Para Beck (1999, p. 29-31) a globalização se caracteriza como um processo que produz as conexões e os espaços transnacionais e sociais, revalorizando culturas locais e colocando em cena terceiras culturas. Com a globalização houve a liberação de vínculos espaciais e temporais, resultando na crescente interconexão entre pessoas e eventos distantes, estando por este motivo geralmente associada aos termos internacional ou internacionalização (PIFFER, 2014).

Segundo Cruz e Piffer (2017) à medida que a globalização desenvolve sua dinâmica, aumenta a necessidade dos envolvidos se encaixarem em novos cenários para alcançarem maneiras de contrabalancear novas tendências. Assim, os acontecimentos de hoje são transnacionais, porque ocorrem de forma recorrente para além das fronteiras nacionais e solicitam um compromisso regular e significativo de todos os envolvidos. Neste contexto:

> Verifica-se que a Transnacionalidade como fenômeno representa um novo contexto mundial verificado a partir da intensificação de determinadas relações ditadas pela Globalização e suas dimensões. Consequentemente, novas relações de poder e de concorrência também foram constatadas e novos fatores de incompatibilidade entre os atores sociais e as unidades estatais passaram a ser colocados à prova cada dia. Mas a Transnacionalidade não pode ser confundida com Globalização, mas também não pode ser dissociada. Trata-se de fenômenos interligados em que a primeira nasce no contexto da segunda (PIFFER, CRUZ, 2018, p. 76).

Para Baumann (*apud* PIFFER, 2018, p. 76) com o transnacionalismo nós temos todos os ganhos que cruzam as fronteiras do Estado-nação; com globalização, queremos dizer que o mundo se transformou em uma [...] 'aldeia global' - ou talvez uma cidade global com bairros muito diferentes.

Segundo Ferreira e Rodrigues (2014, p. 138) a mobilidade humana representa no século XXI um desafio e uma oportunidade. A porosidade das fronteiras e os desenvolvimentos tecnológicos levam ao estreitamento do planeta, quebrando barreiras físicas e aproximando povos e nações. Os diferentes ritmos de crescimento econômico, as assimetrias nos padrões de desenvolvimento humano, as discrepâncias de desenvolvimento regional com as desiguais tendências demográficas como desafio no balanço geopolítico motivam a mobilidade humana.

Nas últimas décadas houve um aumento significativo de pessoas que deixam os seus países, sobretudo, devido às facilidades proporcionadas pelos avanços tecnológicos, gerando um processo de interligação econômica, política, social e cultural em nível global. Este fenômeno de estreitamento das relações nacionais verificado a partir da intensa mobilidade humana tem como resultado grandes desafios, dentre eles a imigração. O ato de migrar não é algo atual, ao contrário, nos reporta há séculos com as antigas civilizações. Também não é algo característico da sociedade hodierna, porém não deixa de ser uma característica fundamental da era globalizada, considerando a facilidade da mobilidade social (FERREIRA E RODRIGUES, 2014).

A figura do migrante não é um artefato da história moderna, e tal ocorrência possui os mais variados motivos e impulsões, os quais se transformam, sob uma visão ampla e alargada, de acordo com o momento histórico no qual estão inseridos e, sob uma visão mais estrita, de acordo com a realidade política, social e econômica da região de origem daqueles que farão parte do contingente migrante no mundo (GOZZINI, 2005, p. 08).

Segundo Ambrosini, a migração transnacional deve ser entendida como o processo mediante o qual os migrantes constroem elementos de ligação tanto com seu país de origem quanto com seu país de destino, ou seja, entre diferentes diásporas: “Deixar de conceber a migração como um processo que tem um lugar de origem e um lugar de destino” (2009, p. 45).

Para Ferrero (2007, p.11) o fenômeno relacionado às migrações, independentemente do local em que ocorra, é acompanhado por um conjunto de mudanças e um considerável impacto na vida do grupo. Vivemos em um mundo globalizado com grande fluxo e circulação de pessoas onde o desafio, dentre outros da era globalizada é a inserção e acolhimento dos imigrantes com políticas públicas para minimizar seus deslocamentos, sejam estes voluntários ou forçados.

Ao conceituar globalidade, Beck (1999, p. 29-31) aponta que já vivemos há tempos em uma sociedade mundial, que segundo o autor seria o conjunto das relações sociais, que não estão integradas à política do Estado nacional ou que não são determinadas ou determináveis por ela. O autor atribui o surgimento da globalidade como acontecimento

irreversível por conta de vários fatores, dentre eles a ininterrupta revolução dos meios tecnológicos de informação e comunicação; a exigência, universalmente imposta, por direitos humanos; as correntes icônicas da indústria cultural global; conflitos transculturais localizados etc.

Assim quanto o autor relaciona o fenômeno conceituado como Globalidade, ao fato de que, daqui para a frente, nada que venha a acontecer em nosso planeta será um fenômeno espacialmente delimitado, mas o inverso: que todas as descobertas, triunfos e catástrofes afetam todo o planeta, talvez não esperássemos que tal assertiva viesse de uma forma tão assustadora e avassaladora que paralisasse o mundo, como está acontecendo com a atual pandemia.

O século XXI com toda sua tecnologia e avanços que revolucionaram o planeta foi impactado com um vírus altamente transmissível, talvez o maior desafio do nosso século, cujo surgimento de novas variantes podem apresentar resistência as medidas de prevenção já adotadas, ou seja, a comunidade científica percorre ainda um longo trajeto na busca de uma vacina que possa bloquear a expansão da pandemia. E é neste cenário mundial que enfrentamos ainda mais dificuldades quando o assunto engloba as migrações transnacionais.

2. A PANDEMIA DO VÍRUS DENOMINADO COVID-19

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS, 2020), pandemia é a disseminação mundial de uma nova doença e o termo passa a ser usado quando uma epidemia, surto que afeta uma região, se espalha por diferentes continentes com transmissão sustentada de pessoa para pessoa. Segundo a Fundação Oswaldo Cruz:

> Antes da COVID-19, a pandemia mais recente havia sido em 2009, com a chamada gripe suína, causada pelo vírus H1N1. Segundo a Fiocruz, o vírus teria vindo de animais como o porco e de aves, e o primeiro caso foi registrado no México. Informou que a Organização Mundial de Saúde (OMS) elevou o status da doença para pandemia em junho daquele ano, após contabilizar 36 mil casos em 75 países. No total, 187 países registraram casos e quase 300 mil pessoas morreram. O fim da pandemia foi decretado pela OMS em agosto de 2010. [...] “A Covid-19 vem se somar a uma lista extensa e que percorre um vasto período de tempo: **Peste do Egito** (430 a.C.) - a febre tifoide matou um quarto das tropas atenienses e um quarto da população da cidade durante a Guerra do Peloponeso. Esta doença fatal debilitou o domínio de Atenas, mas a virulência completa da doença preveniu sua expansão para outras regiões, a doença exterminou seus hospedeiros a uma taxa mais rápida que a velocidade de transmissão. A causa exata da peste era por muitos anos desconhecida; em janeiro de 2006, investigadores da Universidade de Atenas analisaram dentes recuperados de uma sepultura coletiva debaixo da cidade e confirmaram a presença de bactérias responsáveis pela febre tifoide. **Peste Antonina** (165–180) - possivelmente causada pela varíola trazida próximo ao Leste; matou um quarto dos infectados. Cinco milhões no total. **Peste de Cipriano** (250–271) - possivelmente causada por varíola ou sarampo, iniciou-se nas províncias orientais e espalhou-se pelo Império Romano inteiro. Segundo relatado, em seu auge chegou a matar 5 000 pessoas por dia em Roma. **Peste de Justiniano** (541-x). A primeira contaminação registrada de peste bubônica. Começou no Egito e chegou à Constantinopla na primavera seguinte, enquanto matava (de acordo com o cronista bizantino Procópio de Cesareia) 10 000 pessoas por dia, atingindo 40% dos habitantes da cidade. Foi eliminada até um quarto da população do oriente médio. **Peste Negra** (1300) - oitocentos anos depois do último aparecimento, a peste bubônica tinha voltado à Europa. Começando a contaminação na Ásia, a doença chegou à

> Europa mediterrânea e ocidental em 1348 (possivelmente de comerciantes fugindo de italianos lutando na Crimeia), e matou vinte milhões de europeus em seis anos, um quarto da população total e até metade nas áreas urbanas mais afetadas. **Gripe Espanhola** (1918-1920) - A "gripe espanhola" foi uma pandemia do vírus influenza que, entre janeiro de 1918 e dezembro de 1920, infectou 500 milhões de pessoas, cerca de um quarto da população mundial na época. Estima-se majoritariamente que o número de mortos esteja entre 17 milhões a 50 milhões, com algumas projeções indicando até 100 milhões. Independente da diferença entre os números, trata-se de uma das epidemias mais mortais da história da humanidade" (FIOCRUZ, 2020). (Grifado)

Em relação ao número de contágio da COVID-19, ressaltamos que este artigo foi produzido na conjuntura de pandemia, logo a descrição de contágio neste trabalho reflete um recorte temporal. Em agosto de 2020, o mundo registrava a marca de 22 milhões de casos de Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus. A contagem é feita pela Universidade Johns Hopkins, que atualiza painel em tempo real com números da pandemia. No Brasil havia 3.359.570 casos confirmados e 108.536 mortes registradas.

Segundo dados da Universidade Johns Hopkins, o primeiro caso de COVID-19 nos EUA, o país mais afetado pela pandemia, foi relatado em 21/01/2020. Conforme relatório no dia 17/08/2020, o país registrou 35.112 novos casos confirmados e 445 mortes. Enquanto no Brasil, o primeiro caso de COVID-19 foi notificado em 25/02/2020, e no dia 17/08/2020, houve o registro diário de 19.373 novos casos confirmados e 684 mortes. Conforme imagem abaixo[3]:

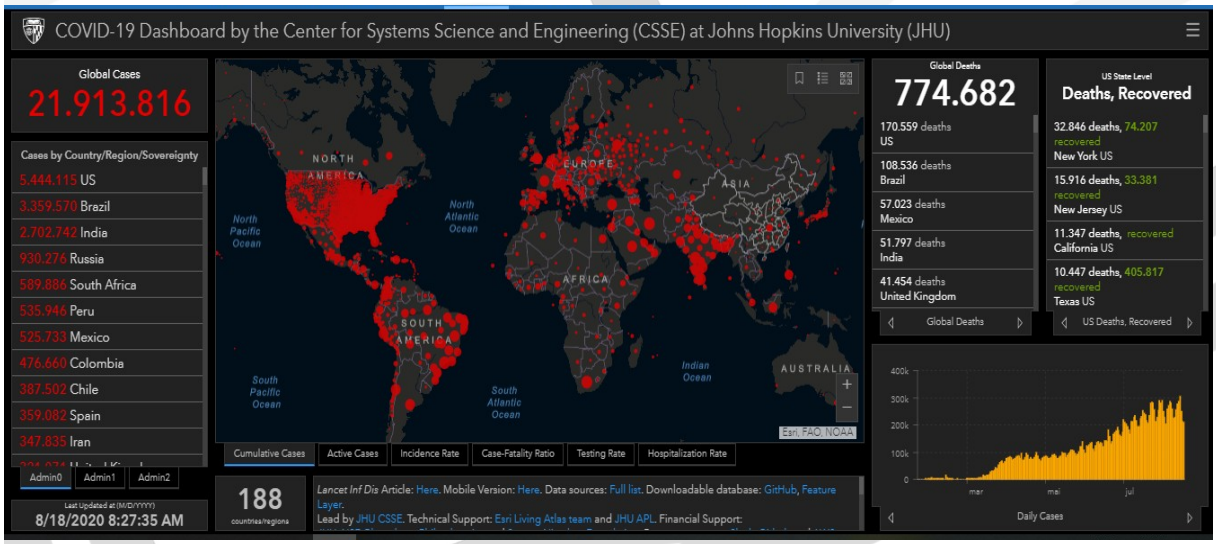


Foto: Reprodução/ Johns Hopkins

Atualmente já são quase 532 milhões de casos de Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus. De acordo com o mapa fornecido pela Universidade já morreram mais de 6 milhões de pessoas ao redor do mundo e há mais de 11 milhões de pessoas vacinadas em vários países e territórios desde o início da pandemia.

3. Universidade Johns Hopkins. **Coronavirus Resource Center (CRC)**. Disponível em: https://coronavirus.jhu.edu/region/brazil. Acesso em 18/08/2020.

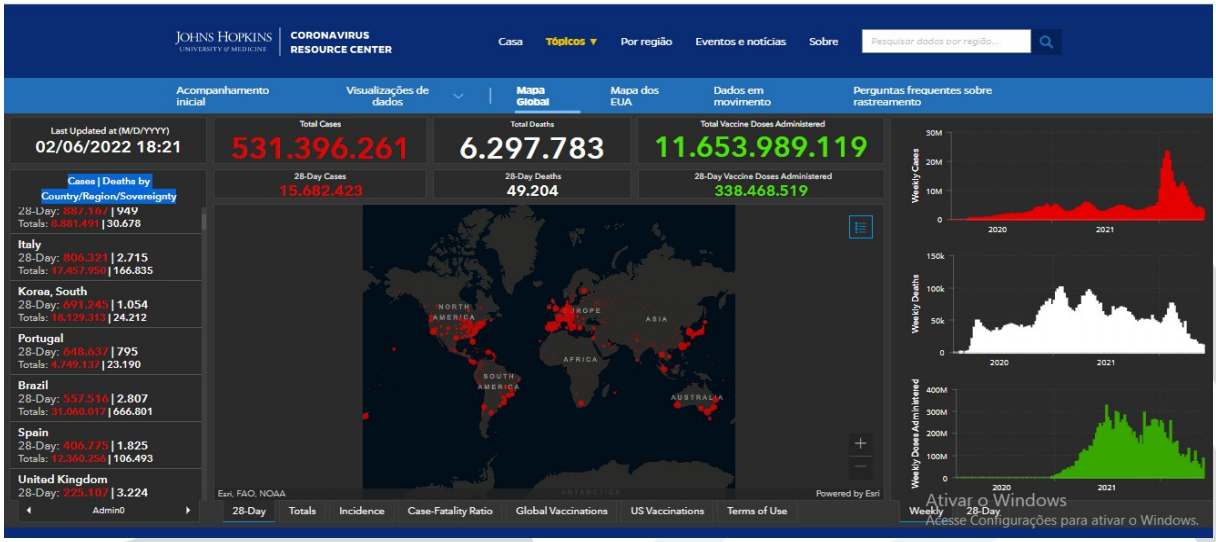


Foto: Reprodução/ Johns Hopkins

O Estados Unidos representa o país com maior número de registros da pandemia de COVID-19. Conforme dados relatados notamos ainda um cenário de alto registro de contágio diário por parte de vários países.

3. A VULNERABILIDADE DOS MIGRANTES E REFUGIADOS EM TEMPOS DE PANDEMIA

O novo coronavírus obrigou a adoção de medidas que transformaram abruptamente a rotina da população, especialmente o isolamento social, e isto gerou impacto no convívio da sociedade e no movimento de migrantes e refugiados.

O Ministério da Justiça apontou dificuldades da efetivação dos direitos humanos dos imigrantes. Destinada a mapear os principais obstáculos de acesso a direitos e serviços da população imigrante no Brasil, sobretudo documentação, educação, moradia, saúde e renda, após 9 meses de pesquisa em todo o território nacional verificou-se a existência de obstáculos múltiplos nos três níveis de pesquisa: normativo (legislação, regulamentação legislativa e políticas públicas), estrutural (moradia e trabalho), e institucional (idioma, falta de recursos humanos e capacitação) e a necessidade de se repensar as migrações e a proteção aos imigrantes no Brasil a partir de um enfoque de direitos humanos (BRASIL, MJ, 2015).

Além das dificuldades já enfrentadas por esta população ao logo dos anos em tempos de pandemia todos estes entraves se acentuaram. O secretário geral da ONU, António Guterres, início de abril de 2020, afirmou que a crise do novo Coronavírus seria o maior teste que a humanidade teria desde a Segunda Guerra Mundial (ONU, 2020).

O Centro Escalabriano de Estudo Migratórios-CSEM expôs os desafios da atuação com migrantes e refugiados durante a pandemia. A população migrante e instituições que trabalham em prol dessas pessoas relatam os desafios que a doença tem causado. O CSEM informou que organizações não-governamentais, defensores de direitos humanos e governos correm contra o tempo em busca de soluções e ações que minimizem o impacto na sociedade. As condições precárias nos campos de refugiados inviabilizam a recomendação de isolamento social, e o fechamento de fronteiras tendem a aumentar ainda mais a situação de vulnerabilidade. No Brasil, calcula-se em mais de 200 mil solicitantes de refúgio, porém a falta de um CPF (Cadastro de Pessoas Físicas) impede

esse grupo de receber um auxílio emergencial do Governo Federal (BRASIL, CSEM, 2020).

A agência da Organização das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR)[4] informou que desde que o surto de coronavírus foi declarado uma pandemia global, a agência está trabalhando com outras agências da ONU e organizações parceiras para acompanhar de perto os desdobramentos desta emergência de saúde. Segundo a Agência, no Brasil os efeitos da pandemia impõem desafios adicionais a um contexto já emergencial e estão intensificando esforços para prevenir a transmissão do novo coronavírus. Os casos suspeitos são encaminhados para isolamento e observação, seguindo os procedimentos nacionais e internacionais de saúde. Locais de isolamento que podem receber um número considerável de casos suspeitos e/ou confirmados estão sendo identificados e serão preparados para esse fim.

Ademais, as equipes do ACNUR com a ajuda da tecnologia estão compartilhando, por meio da plataforma Help, informações em cinco idiomas (português, espanhol, inglês, francês, árabe) que dão diretrizes claras de medidas preventivas que são compartilhadas em tempo real com populações em situação de refúgio em todo o território nacional. Estão distribuindo kits de higiene às populações mais vulneráveis em Boa Vista e Manaus. Água sanitária, sabão em pó, papel higiênico e outros itens para higiene pessoal e coletiva compõem os kits (ACNUR, 2020).

A Organização Internacional para as Migrações-OIM Brasil relatou que a pandemia de COVID-19 arrasa vidas e meios de subsistência em todo o mundo – atingindo de forma mais dura os mais vulneráveis. Isso é particularmente verdade para os milhões de pessoas que estão em movimento – como refugiados e pessoas deslocadas internamente forçados a fugir de suas casas por causa da violência e calamidades, ou migrantes em situações precárias. As três crises envolvem os âmbitos socioeconômico, de saúde e de proteção:

> **Primeiro**, uma crise de saúde – à medida que são expostos ao vírus, geralmente em contextos de grandes aglomerações onde o distanciamento social é um luxo impossível – e onde coisas básicas como cuidados de saúde, água, saneamento e nutrição são muitas vezes difíceis de encontrar. Este impacto, diz Guterres, será ainda mais devastador para o grande número de pessoas em movimento que vivem em países menos desenvolvidos. Um terço da população mundial internamente deslocada vive nos 10 países que estão mais expostos à COVID-19. **Segundo**, as pessoas em movimento enfrentam uma crise socioeconômica – especialmente aquelas que trabalham na economia informal, sem acesso à proteção social. Guterres destacou ainda que a perda de rendimento causada pela COVID-19 levará provavelmente a uma queda colossal de 109 bilhões de dólares em remessas – o dinheiro enviado pelos refugiados e migrantes para seus familiares. “Isto equivale a quase três quartos de toda a assistência oficial ao desenvolvimento que já não está a ser enviada para casa aos 800 milhões de pessoas que dependem dela”, informou o secretário-geral. **Terceiro,** as pessoas em movimento enfrentam uma crise de proteção. Segundo a ONU, mais de 150 países impuseram restrições nas fronteiras para conter a propagação do vírus. Pelo menos 99 estados não abrem exceção para pessoas que buscam asilo por perseguição (OIM, 2020, WEB).

4. O **Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados**, com a sigla **ACNUR** em português e **UNHCR** em inglês, é um órgão das Nações Unidas. Criado pela Resolução n.º 428 da Assembleia das Nações Unidas, em 14 de dezembro de 1950, tem como missão dar apoio e proteção a refugiados de todo o mundo. Sua sede é em Genebra, Suíça. Possui mandato para proteger os refugiados e buscar soluções duradouras para os seus problemas. As principais soluções duradouras são repatriação voluntária, integração local e reassentamento em um terceiro país.

Dessa forma, diante desta conjuntura de pandemia e o agravamento das condições socioeconômicos acende o movimento de expansão da xenofobia com a aversão a migrantes e refugiados por meio de um processo de estigmatização. Principalmente grupos mais vulneráveis como mulheres, pois enfrentam maiores riscos de exposição à violência de gênero, ao abuso e à exploração. Há, ainda, notícias de estigmatização de povos e culturas como responsáveis pela expansão do novo Coronavírus.

> Em meio à emergência internacional decretada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) diante do novo coronavírus, um condomínio comercial em São Paulo fez um comunicado dizendo que "determinou algumas condições" para que funcionários chineses de uma das empresas possam entrar no prédio. Segundo o comunicado, que circulou nas redes sociais, os funcionários chineses precisariam usar máscaras cirúrgicas, usar "apenas o elevador privativo" e "higienizar as mãos com álcool gel" (BBC, 2020, WEB).

Com a pandemia a tendência é que discursos anti-imigratórios sejam fortalecidos principalmente em países que já adotavam uma política migratória de discriminação a esta população. Assim a pandemia poderá estender as restrições nas políticas migratórias em todo o mundo, bem como poderá alterar a própria percepção da população sobre o assunto. Com o crescimento da mobilidade humana transnacional, a securitização dos processos migratórios se tornou cada vez mais expressivo com decisões quase sempre balizadas em assuntos de segurança nacional ao invés de se considerar o aspecto humanitário.

Por outro lado, merece destaque a recente decisão do governo português, em meio ao COVID-19, de regularizar imigrantes com pedidos de residência pendentes. Com a regularização, que engloba ainda solicitantes de refúgio, tais pessoas passam a ter os mesmos direitos que todos os outros cidadãos, incluindo o acesso a programas sociais e a serviços públicos essenciais. Também poderão assinar contratos de aluguel de imóveis e de trabalho e abrir contas bancárias (MIGRAMUNDO, 2020).

A ACNUR apontou que o novo coronavírus não faz distinções e que todos nós temos um papel a desempenhar na contenção desta pandemia e expõe cinco motivos para não esquecer os refugiados na luta contra a COVID-19: 1) Para mais de 70 milhões de pessoas, voltar para casa não é uma opção; 2) Mais de 80% dos refugiados do mundo vivem em países em desenvolvimento; 3) Os campos, assentamentos e abrigos para refugiados estão superlotados; 4) Idosos estão entre os refugiados mais vulneráveis do mundo; 5) O mundo enfrenta um inimigo invisível, mas conflitos armados não pararam (ACNUR, 2020).

Segundo a OIM, a crise da COVID-19 é uma oportunidade para reinventar a “mobilidade humana” e apresenta quatro entendimentos principais que devem guiar o caminho:

> **Primeiro**, a exclusão é cara e a inclusão compensa. “Uma saúde pública inclusiva e uma resposta socioeconômica ajudarão a suprimir o vírus, retomar nossas economias e promover os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável”, disse. **Segundo**, é preciso “defender a dignidade humana perante a pandemia e aprender com os poucos países que mostraram como implementar restrições de viagem e controle de fronteiras, respeitando plenamente os direitos humanos e os princípios internacionais de proteção a refugiados”. **Terceiro**, “ninguém está seguro até que todos estejam seguros”. Diagnósticos, tratamento e vacinas devem ser acessíveis a todos, disse Guterres. **Quarto**, as pessoas em movimento fazem parte da solução. “Vamos remover barreiras injustificadas, explorar modelos para

> regularizar caminhos para os migrantes e reduzir os custos de transação sobre as remessas" (OIM, 2020, WEB).

Apesar da pandemia do COVID-19 atingir a todos, sem distinção de classe ou origem social, sabemos que em um mundo caracterizado por privilégios e permeado por gritantes desigualdades, serão os mais pobres, os mais vulneráveis como migrantes, refugiados, mulheres, indígenas, negros, idosos que serão mais afetados (MOREIRA, 2020).

Dessa forma, entendemos que a pandemia da COVID-19 tende a acirrar ainda mais as dificuldades do processo migratório e de refugiados. Em meio à maior crise sanitária mundial que estamos enfrentando, provocada pela pandemia da COVID-19 e considerada pela OMS a mais grave do nosso século, se faz necessário envolvimento e comprometimento para pensarmos em uma rede de proteção mais ampla a refugiados, migrantes e apátridas, em especial por líderes de todas as Nações, além das importantes iniciativas de instituições não governamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de globalização trouxe transformações profundas na sociedade por meio de uma maior integração e que facilitou os deslocamentos territoriais de pessoas nas mais diversas regiões do mundo. Os movimentos e contradições da globalização impulsionaram um aumento das migrações nas últimas décadas, em especial as migrações forçadas assim designadas por suas motivações que envolvem crises humanitárias e ameaças à vida.

Tem-se que a população de migrantes, refugiados e apátridas enfrentam historicamente barreiras e dificuldade no acesso a direitos e às políticas públicas. Com o surgimento da pandemia do COVID-19 estes fatores se tornaram mais expressivos.

Várias organizações internacionais de saúde pública têm alertado acerca da extrema vulnerabilidade deste grupo em meio à pandemia da COVID-19, particularmente quanto à moradia, residências ou abrigos superlotados, ao acesso à serviços de saúde e aos meios de subsistência.

As conclusões do trabalho apontam para situações extraordinárias e de fragilidade social em relação a população de migrantes, sobretudo no contexto atual da pandemia, portanto é fundamental considerar esses impactos ao construir práticas de cuidado para este grupo.

Apontam, ainda, aumento da estigmatização sofrida por esta população como xenofobia e racismo multiplicados e avanço dos discursos e bandeiras anti-migratórios, acentuando a necessidade de se encontrar meios de ressignificar a percepção do assunto enfrentado pela população e criar políticas públicas eficazes para sanar o problema.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **5 motivos para não esquecer os refugiados na luta contra a COVID-19**. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/2020/03/26/5-motivos-para-nao-esquecer-os-refugiados-na-luta-contra-a-covid-19/. Acesso em 17/07/2020.

ACNUR. **Coronavírus e Refugiados: o que o ACNUR está fazendo no Brasil e no Mundo**, 2020. Disponível: https://www.acnur.org/portugues/2020/03/27/coronavirus-e-refugiados-o-que-o-acnur-esta-fazendo-no-brasil-e-no-mundo/. Acesso em 11/07/2020.

ACNUR. **Coronavírus no Brasil: o que estamos fazendo para proteger refugiados**. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/2020/03/20/coronavirus-no-brasil-o-que-estamos-fazendo-para-proteger-refugiados/. Acesso em 11/07/2020.

AGÊNCIA BRASIL: **Brasil passa da marca de 1,5 milhão de casos confirmados de covid-19.** Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-07/brasil-passa-da-marca-de-15-milhao-de-casos-confirmados-de-covid-19. Acesso em 07/07/2020.

AMBROSINI, Maurizio. **Un'altra globalizzazione**: la sfida delle migrazioni transnazionali. Bologna: Il Mulino, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BBC BRASIL. **Coronavírus: condomínio em SP tentou segregar chineses como 'medida de prevenção**. 5 fev. 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-51379835. Acesso em 16/07/2020.

BRASIL, Ministério da Justiça. **Migrantes, apátridas e refugiados: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil**. Pensando Direito, n.57. Coordenação: Liliana Lyra Jubilut. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL): IPEA, 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/publicacoes/?pub_id=1003906. Acesso em 17/07/2020.

BECK, Ulrich. **O que é Globalização**? Equívocos do Globalismo: Resposta à Globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

Centro Escalabriano de Estudo Migratórios-CSEM. Disponível em: https://www.csem.org.br/csem_em_foco/os-desafios-de-atuacao-com-migrantes-e-refugiados-durante-a-pandemia-/do-coronavirus/. Acesso em 11/07/2020

CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. Migrações Transnacionais, p. 125. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ABREU, Pedro Manoel; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz Zanon Junior (Orgs.). **Direito, Democracia e Constitucionalismo**. Tomo 3. Itajaí: UNIVALI, 2017.

FERRERO, Paolo. **Immigrazione**. Fa più rumore l´albero che cade che la foresta che cresce. Claudiana: Torino, 2007.

FIOCRUZ. Fundação Oswaldo Crus. **O que é uma Pandemia**. Disponível em: https://www.bio.fiocruz.br/index.php/br/noticias/1763-o-que-e-uma-pandemia. Acesso em 06/07/2020.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**; tradução de Raul Fiker. - São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole. O que a globalização está fazendo em nós**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 6 ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GOZZINI, Giovanni. **Le migrazioni di ieri e di oggi.** Una storia comparata. Genova: Mondadori, 2005.

MIGRAMUNDO. **Em meio ao Covid-19, Portugal regulariza imigrantes com pedidos de residência pendentes**. Disponível em: https://www.migramundo.com/em-meio-ao-covid-19-portugal-regulariza-imigrantes-com-pedidos-de-residencia-pendentes/. Acesso em 17/07/2020.

MOREIRA, Julia Bertino. **Migrações Internacionais à Luz da Pandemia do Novo Coronavírus.** Disponível em: http://www.comciencia.br/migracoes-internacionais-a-luz-da-pandemia-do-novo-coronavirus-covid-19/. Acesso em 16/07/2020.

ONU NEWS. **Chefe da ONU diz que pandemia é maior desafio que mundo enfrenta desde Segunda Guerra Mundial**. https://news.un.org/pt/story/2020/04/1708982. Acesso em 15/07/2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Folha Informativa COVID-19**. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/pt/covid19. acesso em 11/07/2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES-OIM BRASIL. **Refugiados e migrantes 'enfrentam três crises de uma só vez', alerta secretário-geral da ONU.** Disponível em: https://brazil.iom.int/news/refugiados-e-migrantes-enfrentam-tr%C3%AAs-crises-de-uma-s%C3%B3-vez%E2%80%99-alerta-secret%C3%A1rio-geral-da-onu. Acesso em 11/07/2020.

PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. **A transnacionalidade, as migrações transnacionais e os direitos dos trabalhadores migrantes**. Revista Jurídicas – Colômbia. 16 (2), 11-28. DOI: 10.17151/jurid.2019.16.2.2.

PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. **Manifestações do direito transnacional e da transnacionalidade.** In: PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio; BALDAN, Guilherme Ribeiro (Org). Transnacionalidade e sustentabilidade: possibilidades em um mundo em transformação. Rondônia: Emeron, 2018. p. 08-27.

PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e imigração:** a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia. Disponível em: http://siaibib01.univali.br/pdf/Carla%20Piffer.pdf p. 119-120. Acesso em 11 de julho de 2020.

RODRIGUES, Teresa F.; FERREIRA, Susana de S. **Portugal e a globalização das migrações**. Desafios de segurança. População e Sociedade. CEPESE, Porto, vol. 22, 2014, p. 137-155.

UNIVERSIDADE JOHNS HOPKINS. **Coronavirus Resource Center (CRC)**. Disponível em: https://coronavirus.jhu.edu/region/brazil. Acesso em 18/08/2020.

ABORTO: A VIDA PROTEGIDA DESDE OS ESTÁGIOS INICIAIS

Caroline Salles da Silva[1]

Resumo: O presente artigo busca apresentar os conflitos em torno do aborto provocado diante dos princípios bioéticos e constitucionais. Para abordar a temática, o trabalho foi dividido em três partes. A primeira parte analisa como é interpretado o direito à vida na Carta Magna e como é visto o nascituro no Código Civil. A segunda parte versa sobre o início da vida humana e a proteção bioética. Já a última parte do trabalho se dedica ao relato dos embates que envolvem o aborto provocado. Isso, no cenário dos princípios expostos nas partes anteriores. Com base em pesquisas bibliográficas, pretende-se contribuir com uma pequena reflexão sobre se a vida em seu estágio inicial deve ou não ser protegida como um direito constitucional.

Palavras-Chave: Aborto; Bioética; Vida; Nascituro.

Abstract: This article seeks to present the conflicts around induced abortion in the face of bioethical and Constitutional principles. To address the theme, the work was divided into three parts. The first part will analyze how the right to life is interpreted in the Magna Carta and how the unborn child is seen in the Civil Code. The second part will deal with the beginning of human life and bioethical protection. And the last part of the work is dedicated to the report of the clashes involving induced abortion. Based on bibliographic research, it is intended to contribute with a small reflection on whether life in its initial stage should or should not be protected as a constitutional right.

Keywords: Abortion; Bioethics; Life; Unborn child.

INTRODUÇÃO

Os avanços da ciência podem trazer novidades para aprimorar a qualidade de vida da população, entretanto, essas inovações também são capazes de interferir nos direitos fundamentais de forma devastadora, colocando em risco a vida e a dignidade de alguns seres humanos. Diante disso, é sabido que a ciência não deve se sobressair ao valor conferido à pessoa humana, conforme consagrado em inúmeras constituições e tratados internacionais.

Neste sentido, a Bioética tem um papel importante em analisar e limitar as condutas humanas a partir de princípios que guiem a atuação de pessoas e governos. É o caso, por exemplo, dos profissionais de saúde, quando tratamos da temática do aborto relacionada ao desenvolvimento científico e tecnológico.

Na conceituação do ginecologista e obstetra holandês, André Helleger (1970), colaborador dos estudos Bioéticos iniciais, a Bioética "é uma ciência capaz de acolher valores por meio do diálogo e do confronto entre a medicina, a filosofia e a ética" (*apud*, LUCATO; RAMOS, 2018, p. 28). A tendência vista na literatura sobre o tema é de que, com o avanço da ciência, estes desafios sejam cada vez mais numerosos e conflituosos.

Por isso, o mundo jurídico deverá acompanhar todas as transformações e preparar-se para os novos conflitos, de forma que sua prática seja harmoniosa e equilibrada para os seres humanos.

No passado, diante da impossibilidade de visualização da vida intrauterina, o nascimento era o marco da existência de um novo ser humano. Hoje, pelo método científico, sabe-se que a vida se inicia na fecundação, sendo este um fato biológico.

1. Advogada. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Sociedade Educacional de Santa Catarina – UNISOCIESC.

Contudo, é de se questionar se a ciência tem o papel de dizer se há um valor intrínseco na vida do nascituro ou, se essa discussão deveria ser deixada ao encargo de outras áreas do saber humano.

Da mesma forma, é de se questionar se a ciência pode definir a importância de um ser já nascido, pois esse juízo de valor não seria uma investigação científica, exorbitando o campo meramente técnico.

É notável a extrema dificuldade em debater o tema de maneira equilibrada e racional. Isso porque o debate exige visão, conhecimento e um amplo juízo de valores. Na sociedade, podemos notar que este debate vai desde questões religiosas, científicas, sociais, morais, etc.

Não obstante, há quem defenda seu posicionamento sem respaldo em conhecimentos geralmente aceitos e validados, contudo, validam-se as argumentações com fulcro nas fontes. Assim o peso da avaliação de quem fala devido ao seu lugar de fala na sociedade, geralmente, se sobressai ao peso do que se fala. Com isso, o debate se aproxima dos apelos emocionais e se distancia de uma razoabilidade segura pautada pela racionalidade. Por fim, todo esse caos argumentativo é refletido em nossas legislações.

Conforme relata Sarlet (2020, p. 415), a vida sempre foi um bem caro ao ser humano, até por razão de sobrevivência, afinal, não é por acaso que a proteção da vida foi considerada um dos fins do Estado e razão de sua existência, o que restou claro na obra de Thomas Hobbes (1588-1679).

Sarlet (2020, p. 416) aduz que, o primeiro documento a consagrar um direito à vida como fundamental com proximidade à perspectiva que se tem atualmente, foi a Declaração de Direitos da Virgínia, em 1776, incluída no rol de seu art. 1°.

Observa-se que a Carta Magna de 1988, norma de maior importância no sistema normativo, elenca o direito à vida como fundamental. Sobre o direito previsto, Padilha (2019, p. 247), sustenta que: “(...) apesar de não existir hierarquia normativa (pois todos os direitos estão no mesmo diploma – Constituição), axiologicamente é comum pessoas colocarem a vida como o principal direito fundamental”.

Isso acontece haja vista que, a vida é um pressuposto para a efetivação dos demais direitos fundamentais. É válido mencionar que, assim como os demais direitos fundamentais, o direito à vida não é absoluto, conforme ressalta Moraes (2020, p. 33), uma vez que, a própria Constituição traz uma ressalva com a admissão de pena de morte em caso de guerra declarada (art. 5 XLVII, “a”).

Além disso, o Código Penal prevê algumas causas de excludente de punibilidade na realização do aborto, é o caso do aborto necessário — quando não há outro meio de salvar a vida da gestante — e, nos casos em que a gravidez resulta de estupro. O Supremo Tribunal Federal em 2012, incluiu às causas de excludente de punibilidade, o aborto de fetos anencéfalos. Contudo, no Brasil, a regra que prevalece é da ilegalidade do aborto e proibição do estabelecimento da pena de morte.

No âmbito privado, denota-se que, o Código Civil, apesar de considerar que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, os direitos do nascituro são resguardados desde a concepção (art. 2º). O artigo mencionado gera muitas discussões na doutrina.

Nota-se que, a primeira parte do texto codificado considera a personalidade civil apenas no nascimento com vida. Enquanto a segunda, afirma o contrário, no sentido de resguardar os direitos do nascituro desde a concepção. Desse modo, na interpretação do artigo, questiona-se: “ao prever o tratamento do nascituro, conceituado como aquele que

foi concebido, mas ainda não nasceu, o artigo do Código Civil em questão traz uma dúvida: seria o nascituro uma pessoa, teria ele personalidade?" (TARTUCE, 2020, p. 130). Tendo em vista a maneira em que o legislador dispôs o conteúdo, a doutrina apresenta três correntes divergentes que discutem a natureza civil do nascituro, sendo: a teoria concepcionista, a teoria da personalidade condicional e a teoria natalista.

Conforme abordagem de Bittar (2019, p. 42), são poucas as percepções da ciência dogmática do direito que conseguem de fato, adaptar-se e enfrentar os diversos desafios da vida contemporânea. Por esse motivo, o confronto em torno da vida deve ser colocado em uma reflexão sincera e profunda.

É neste ponto que a Bioética adentra a discussão. Percebe-se que os valores estão enraizados em toda nossa codificação. Podemos citar como exemplo clássico, a ideia de direitos naturais inalienáveis do ser humano vistos desde John Locke (1632-1704). Assim, entende-se que é impossível silenciar as questões éticas e morais que se inscrevem dentro do Direito e que a bioética pretende refletir.

1. O DIREITO À VIDA PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A PERSPECTIVA DO NASCITURO NO CÓDIGO CIVIL

O direito à vida nas Constituições Brasileiras, conforme explica Sarlet (2020, p. 416), recebeu contemplação apenas em 1946 (art. 141, caput), pois, as Constituições anteriores previam apenas um direito à segurança individual.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988, demonstrou total preocupação com a pessoa humana, de modo que o Estado se coloca como provedor de diversas garantias, a começar pelo conteúdo de seu preâmbulo, que coloca como propósito: *"assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça".*

A atual Carta Magna inseriu expressamente e, de forma genérica, o direito à vida, conforme prevê o art. 5°, *caput*, bem como a proibição da pena de morte, salvo em caso de guerra declarada (art. 5 XLVII, "a"). Sobre a garantia individual do direito à vida, destaca Moraes (2020, p. 33): *"o início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal"*. Do ponto de vista biológico, o autor aponta que, a vida se inicia com a fecundação, por isso, a vida começa quando se inicia a gravidez.

Extrai-se da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) em seu art. III, que: *"todas as pessoas têm direito à vida, à liberdade, e à segurança pessoal"*. Ademais, o Brasil é signatário de algumas convenções internacionais de direitos humanos, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos adotado em 1966 e o Pacto de São José da Costa Rica (1969), no tocante ao direito à vida, as convenções contribuem para sua garantia e resguardo.

O art. 6° da primeira convenção mencionada, assevera: *"o direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida"*. O Pacto de São José da Costa Rica, por sua vez, de forma mais esclarecida, estabelece em seu art. 4° que: *"toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida"*, e vai além: *"esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente"*.

Percebe-se que, o direito à vida possui fortes relações com os princípios e direitos fundamentais abraçados pela Constituição Federal de 1988, conforme explica o autor Sarlet (2020, p. 419):

> Certo é que o direito à vida opera, para além de sua condição de direito fundamental autônomo, "como pressuposto fundante de todos os demais direitos fundamentais", "verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente" ou, como enfatizado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, como base vital da própria dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, destaca-se entre os positivados no art. 1°, a dignidade da pessoa humana. Sarlet (2020, p. 419) segue expondo que: *"a vida é o substrato fisiológico (existencial no sentido biológico) da própria dignidade, mas também de acordo com a premissa de que toda a vida humana é digna de ser vivida".* Contudo, destaca a autonomia de tais direitos e a possibilidade de conflitos entre eles. Segundo o entendimento do autor, a efetivação da dignidade da pessoa humana, não requer de forma necessária a absoluta proteção do direito à vida.

Por outro lado, para Ranco (2009, p. 9), não há respeito à dignidade da pessoa humana quando se menospreza a própria existência. O direito à vida, também se relaciona com o direito à integridade física. Sarlet (2020, p. 420), argumenta que, a afetação da integridade física muitas vezes coloca em risco a vida, entretanto, há intervenções que não geram de fato um risco à vida.

Outro direito que possui fortes relações com o direito à vida é o direito à saúde. Sarlet (2020, p. 420), explica que a ausência de previsão de um direito à saúde, pode afetar o direito à vida, assim*: "o direito à vida (naquilo que evidentemente guarda relação com o direito à saúde) opera como fundamento para o reconhecimento de obrigações com a saúde"*. O mesmo autor (2020, p. 422), aponta que o direito à vida além de impor medidas de proteção à saúde, ordena medidas contra a degradação ambiental, quando a vida dos indivíduos é colocada em risco.

Consoante Sarmento (2005, pp. 22-23), a Carta Magna não tratou expressamente do aborto voluntário, contudo, a matéria está inserida fortemente no conteúdo constitucional, extraída de princípios e valores. O autor afirma que, a marca mais notável da atual Constituição é a preocupação central com os direitos humanos, contudo, no que diz respeito à vida, o modo de interpretação deve ser *"examinado com recurso a argumentos jurídicos, científicos e de moralidade laica, e não a partir de dogmas de fé"* (SARMENTO, 2005, p. 29).

Por esse motivo, expõe uma crítica sobre as considerações levantadas acerca da alma no feto. Pois, conforme explica Sarlet (2020, p. 423) há um consenso de que o direito à vida engloba o lapso temporal entre o início da vida humana até a morte, entretanto, a discussão é sobre a definição de quando inicia e quando termina a vida humana, para que assim se decida sobre em que ponto deve cessar a proteção jurídica. Por essa razão, Sarmento (2005, p. 29) afirma que, se de fato o aborto implica em eliminação de uma vida, é necessário estudar até onde deve haver uma proteção de ordem constitucional.

De acordo com Fachin e Pianovski (2008, p. 11), o Direito Privado contemporâneo, especificamente, o Direito Civil abandonou as concepções individualistas para se preocupar com a proteção da pessoa. A mudança que ocorreu na interpretação jurídica, se deu com a constitucionalização do Direito Civil, de acordo com Lobo (1999, p. 100): *"antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil"*, desse modo, o Código Civil, passou a ser interpretado conforme a Constituição e não mais o contrário.

No tocante à promoção da dignidade da pessoa humana, segundo os autores Fachin e Pianovski (2008, p. 4), sua preservação deve passar pela disciplina das relações concretas de coexistencialidade, no sentido de que a efetivação desse princípio é tarefa não apenas do Estado, mas: *"de todos e de cada um"*. Portanto, conclui-se que, o espaço privado é lugar propício à incidência de tal princípio.

O Código Civil (2002), positiva em seu art. 2º a seguinte declaração: *"a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".* De acordo com o apresentado pelos autores Pamplona Filho e Araújo (2007, p. 5), o nascituro é aquele *"(...) ente já concebido (onde já ocorreu a fusão dos gametas, a junção do óvulo ao espermatozóide formando o zigoto ou embrião), nidado (implementado nas paredes do útero materno) porém não nascido"* ou seja, aquele que está para nascer.

Os autores Pamplona Filho e Araújo (2007, p. 6) explanam que, apesar da legislação considerar a personalidade civil da pessoa no nascimento, há uma discussão quanto ao reconhecimento do nascituro como pessoa, vez que, o mesmo artigo adverte que os direitos do não nascido serão salvaguardados pela lei.

Na perspectiva dos autores Gagliano e Pamplona Filho (2017, pp. 47-48), independente do reconhecimento da personalidade civil do nascituro, o cerne da questão é que seria *"um absurdo resguardar direitos desde o surgimento da vida intrauterina se não se autorizasse a proteção desse nascituro — direito à vida — para que justamente pudesse usufruir de tais direitos"*. Assim, concluem que *"qualquer atentado à integridade do que está por nascer pode, assim, ser considerado um ato obstativo do gozo de direitos"* (2017, p. 47).

Já o civilista Amaral (2018, pp. 368-368), entende que a vida é um processo de desenvolvimento contínuo que recebe a proteção do Direito e que, o embrião humano é o início desse processo. Portanto, o autor compreende que por se tratar do início de uma pessoa, deve esta, ser revestida da dignidade da pessoa humana.

Conforme apresentado anteriormente, os autores Pamplona Filho e Araújo (2007, pp. 7-8) afirmam que a doutrina se divide em três entendimentos sobre o assunto: *"teoria concepcionista; teoria da personalidade condicional e teoria natalista".*

De acordo com o conteúdo exposto pelos autores, extrai-se que, a primeira teoria apontada (teoria concepcionista), tem por base a proteção dos direitos do nascituro, que por sua vez, é considerado pessoa. Esse entendimento é fundamentado na medida em que, segundo o ordenamento do direito privado, somente pessoas são consideradas sujeitos de direito. Assim, para os adeptos à teoria concepcionista, inexiste a expectativa de direitos, pois não há que se falar em qualquer condição ao nascimento com vida.

Por sua vez, a teoria da personalidade condicional, conforme explicam Pamplona Filho e Araújo (2007, p. 8) - apesar de sustentar a personalidade do nascituro - impõe a condicionante do nascimento com vida. Assim, ao nascituro é assegurado os direitos de personalidade, mas, somente gozará de tais direitos quando nascer com vida e, de fato, conferir a sua plena personalidade.

Tartuce em 2007, apontou algumas considerações sobre as correntes doutrinárias em seu artigo de pesquisa intitulado: *"a situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro"*, as críticas e argumentos utilizados nesse artigo foram mencionados e sustentados em sua doutrina do ano de 2020, o que demonstra que o seu entendimento permaneceu inalterado com o passar dos anos.

Sobre a teoria da personalidade condicional, Tartuce (2020, p. 132) aduz que, essa corrente acaba reconhecendo que o nascituro não tem direitos, mas mera expectativa de

direitos. Diante disso, em seu entendimento, conclui-se que a teoria da personalidade condicional é essencialmente natalista.

Por fim, a teoria natalista, segundo Pamplona Filho e Araújo (2007, p. 8), reflete a interpretação do conteúdo do art. 2º do Código Civil (2002), pois, não há personalidade, mas, somente uma expectativa de direitos. Tartuce (2020, p. 131), levanta uma crítica quanto à corrente doutrinária natalista. O primeiro ponto, trata-se de um questionamento, pois, *"se o nascituro não tem personalidade, não é pessoa; desse modo, o nascituro seria uma coisa?"*.

A segunda questão é de que em sua compreensão a teoria natalista está distante das novas ciências como o surgimento de técnicas de reprodução assistida e da proteção dos direitos do embrião, além de estar afastada da própria proteção ampla de direitos da personalidade no Direito Civil Pós-moderno. Neste sentido, sustenta que: *"essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária"*, vez que, o próprio Direito Civil consagra ao nascituro direitos da personalidade. De todo modo, nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 47): *"ainda que o nascituro não seja considerado pessoa, a depender da teoria adotada, ninguém discute que tenha direito à vida, e não a mera expectativa".*

Percebe-se que o Código Civil (2002), assegura alguns direitos que alcançam o nascituro. Podemos citar os seguintes: direito a receber doações, sendo aceita pelo representante legal (art. 542); direito a ser legitimado na sucessão (arts. 1.798, 1.799, I), também, em caso de falecimento do pai e perda do poder familiar pela mulher grávida, é resguardado o direito à nomeação de um curador na defesa de seus interesses (art. 1779); direito a ser presumidamente filho na constância do casamento (art. 1.597, III, IV e V) e o direito ao reconhecimento como filho (art. 1609, parágrafo único).

Denota-se do art. 1609, parágrafo único, que é possível distinguir duas pessoas ao mesmo tempo, a relação mãe-filho ou pai-filho em que ser mãe/pai depende da existência do filho e a relação de filho-mãe ou filho-pai em que ser filho depende da existência da mãe/pai, conforme argumenta o filósofo Razzo (2017, p. 253). O autor segue a linha de raciocínio com a seguinte afirmação: *"e essa relação diferenciadora e constitutiva da nossa pessoalidade supera inclusive a morte, já que manteremos certo nível de experiência afetiva e pessoal com os mortos".*

Tartuce, em sua pesquisa, já mencionada, (2007, p. 11), verifica que: *"a teoria concepcionista é aquela que prevalece entre os doutrinadores contemporâneos do Direito Civil Brasileiro".* Sua constatação é reafirmada, diz:

> Por tudo o que foi aqui exposto e também naquele artigo científico, não há dúvidas em afirmar que, **na doutrina civilista atual brasileira e também no âmbito da jurisprudência do STJ, prevalece o entendimento de que o nascituro é pessoa humana**, ou seja, que ele tem direitos reconhecidos em lei, principalmente os direitos existenciais de personalidade. Em suma, prevalece, pelos inúmeros autores contemporâneos citados, a *teoria concepcionista.* As páginas que devem ser viradas são justamente aquelas que defendem as outras teses. (TARTUCE, 2020, p. 128, **grifo nosso**)

Ademais, Tartuce (2020, p. 135) afirma que a corrente concepcionista ganhou lugar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e conclui que "*na verdade, parece mesmo inconcebível negar direitos da personalidade ao nascituro"*. Ainda, conforme relata Tartuce (2020, p. 137), o debate sobre as correntes que tratam da natureza jurídica do nascituro foi bastante discutida com a entrada em vigor da Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008, a chamada Lei dos Alimentos Gravídicos. A lei, tem o intuito de estabelecer o direito de

alimentos da mulher gestante. Conforme o disposto no art. 2º da referida lei, os alimentos compreendem os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e dela decorrentes. Diante disso, no parecer de Tartuce (2020, p. 137), *"em verdade, a norma emergente em nada inova, diante dos inúmeros julgados que deferiam alimentos durante a gravidez ao nascituro".*

De modo geral, é notável que o ordenamento jurídico atual se atenta aos direitos do nascituro, ou seja, o concebe como um ser de direitos, desde os seus estágios iniciais. Segundo o entendimento dos autores Magno e Guerra (2014, p. 182), percebe-se que é de grande importância a exposição dos princípios da Constituição brasileira (1988) bem como a análise do nascituro e seus direitos positivados no Código Civil (2002), pelo motivo exposto: *"descobertas fundamentais na atuação das ciências biomédicas são hoje examinadas ao lado dos Direitos Fundamentais devido ao furor da repercussão causada por este tema que paraleliza o vital equilíbrio entre a vida humana, a ética e os direitos dos cidadãos".*

Contudo, a decisão que responde ao questionamento sobre o feto ser ou não pessoa, ou, o ponto crucial de quando se torna pessoa, não caberia ao Direito, conforme afirma Dworkin (1993, apud BARRETTO, 2003, p. 138). Pois, o Direito não tem respostas para questões de natureza exclusivamente morais.

Além disso, o autor aponta que, por não haver respostas claras, tanto na legislação como nas ciências biológicas, a reflexão filosófica deve ser chamada para participar do debate. Sendo assim, os apontamentos dos princípios da Bioética, suas vertentes a respeito da vida humana e os conflitos diante das ameaças quanto à vida em seus estágios iniciais, será essencial para uma análise mais completa do assunto.

2. O INÍCIO DA VIDA HUMANA E A PROTEÇÃO BIOÉTICA

Diante dos princípios e entendimentos doutrinários apresentados no primeiro capítulo, é possível refletir sobre diversas questões que envolvem o aborto, quando provocado. Convém adentrar-se na discussão, sobre quando se forma um novo ser.

Conforme expõem os autores Leal *et al.* (2018, p. 194), historicamente, a vida tendia a começar após o nascimento, e sobre todo o período de gestação, existiam apenas especulações: "*a vida mental fetal fazia parte das superstições culturais e religiosas e de especulações provenientes dos movimentos observados pelas mães e fetos abortados",* sendo que, as tecnologias auxiliam na desmistificação da vida mental fetal.

Contudo, mesmo que na concepção, resta estabelecido um novo projeto individual e irrepetível, com resguardadas características únicas, no meio científico, não há um consenso geral de definição do marco da existência. Por meio da teoria da Formação Rudimentar do Sistema Nervoso Central, por exemplo, explicam os autores Leal *et al.* (2018, p. 193) *"o início da vida aqui não é logo que ocorre a concepção, mas, sim, quando o sistema nervoso do feto ganha características mais complexas, deixando de ser primitivo".*

Contudo, extrai-se da afirmação dos autores, que não há um marco (dia e horário), específicos para que se denota-se um sistema nervoso cem porcento pronto e estabelecido. Os mesmos autores (2018, p. 195) concluem que: *"é nítido que o feto existe em todas as dimensões biológicas, fisiológicas e psicológicas",* mencionam ainda, a sensibilidade do feto em sentir dores.Tanto sentem que, por meio de estudo sobre aspectos fetais, os autores Dirix, Nijhuis, Jongsma, e Hornstra (2007, apud LEAL *et al.*

2018, p.195): *“concluem que sempre deve-se usar analgésicos em cirurgia fetais em qualquer idade gestacional”. Em sua análise* Carvalho (2017, p.384), com fundamento em razões matemáticas e racionais, expõe que, se há 50% de probabilidades de que a vida humana começa na fecundação e 50% de que não a seja, optar por retirá-la, é: *(...) apostar no cara ou coroa a sobrevivência ou morte de um possível ser humano.*

As discussões a respeito da ética, moral e religião sempre estiveram presentes na história da vida humana, conforme a perspectiva apontada por Filho (2017, p. 4), portanto, presente está a discussão sobre o início da vida, no meio religioso.

Pelo Cristianismo, denota-se que, na Bíblia Sagrada, contém diversas passagens que reconhecem e valorizam a vida humana desde a sua concepção. Como exemplo, pode-se citar o livro de Jeremias (capítulo 1, versículo 5): *"Antes que no seio fosses formado, eu já te conhecia; antes de teu nascimento, eu já te havia consagrado, e te havia designado profeta das nações”.*

Para o espiritismo, no tocante ao entendimento kardecista, aponta Barbosa (2019, p. 18):“*o kardecismo opera com noções bioéticas que afirmam a existência de vida logo no momento em que há articulação entre espírito e material genético*”, com fulcro nesse entendimento, o autor narra que, o espiritismo entende que o aborto desconfigura toda providência divina das futuras encarnações dos espíritos envolvidos, não devendo ser, portando, uma questão de escolha pessoal.

Conforme expõem os autores, Wesz, Santos e Mello (2019, p.50), para o Budismo, o feto é uma pessoa desde o momento da concepção, sendo portanto contrários ao aborto. Todavia, explicam os autores que, os budistas são contra a condenação religiosa daqueles que praticaram o aborto. Para o Judaísmo, explicam os autores Leal, Oliveira, Parente, Araujo e Silva (2018, p. 196) que a vida começa no quadragésimo dia: “para o povo de Israel, o número 40 é símbolo de vida nova”. Nota-se que as religiões exercem grande influência sobre as considerações éticas e jurídicas relacionadas ao aborto.

3. OS CONFLITOS NO ENTORNO DO ABORTO PROVOCADO

Na visão de Hossne (2009, apud JORGE FILHO, 2017, p. 3), a moral lida com valores estabelecidos por determinada sociedade em determinada época, ou seja, ela pode variar de uma sociedade para outra ou, na mesma sociedade em épocas diferentes. Maluf (2020, p. 25), aponta que, a preocupação da moral está na escolha da ação que deve ser empreendida em determinada situação. Enquanto a ética, para Jorge Filho (2017, p. 3), se caracteriza pela liberdade da pessoa em apresentar uma crítica de valores ou uma reflexão sobre conflitos. Assim, denota-se que: *“na moral respeitam-se valores já estabelecidos, na ética há que se estabelecer posições, pois ela obriga a uma revisão e avaliação pessoal, implicando em opção de valores”* (HOSSNE, 2006, apud JORGE FILHO, 2017, p. 3).

Na discussão sobre ética e moral, convém compor a pesquisa, a chamada Bioética. Pois bem, Jorge Filho (2017, p. 3) explica que, a Bioética se ocupa de questões éticas e morais que não apresentam consenso. Todavia, o autor afirma que o termo “Bioética”, foi utilizado formalmente pela primeira vez em 1971, pelo oncologista norte-americano Van Rensselaer Potter ao publicar o livro: *Bioethics: a Bridge to the Future.* Conforme relato do autor, a partir da publicação mencionada, os interesses acerca do assunto passaram a ser de maior crescimento, ao ponto de concluírem não ser possível buscar outro conhecimento divorciando-se da ética, tendo em vista que: *“nem sempre avanços científicos representam avanços da humanidade”.* O autor Ribeiro Neto (2018, p. 86),

apresenta que, na visão de Potter (1971), a Bioética, pode ser entendida como: *"(...) um esforço para retomar as bases de uma ética que não seja desumana, mas que realmente levassem em consideração a natureza e o bem do ser humano".*

Outras considerações feitas pelos pioneiros da Bioética, foram apresentadas por Filho (2017, p. 6), como a de Fritz jahr (apud Filho, 2017, p.6): "respeite todo ser vivo como princípio e fim em si mesmo e trate-o, se possível enquanto tal". No tocante à origem, fonte ou vertente da Bioética, destaca-se a explicação dos autores Pessini e Barchifontaine, (2007, p. 17), na qual afirmam que, o estudo da Bioética não nasceu na igreja, ou religião, pois: "surgiu nos meios de pesquisa, nos laboratórios de experimentação, com cientistas se perguntando sobre a viabilidade ética de determinados procedimentos tecnocientíficos".

Conforme explica Jorge Filho (2017, p. 4), os princípios basilares da Bioética foram estabelecidos, em 1979, por *Beauchamp* e *Childress* na obra T*he Principles of Bioethics*, sendo eles: a beneficência, não maleficência, justiça e autonomia. Consoante a exposição dos autores Silva, Gomes e Ramos (2018, p. 80), o primeiro princípio mencionado— princípio da beneficência, é: *"fundamentado no respeito à vida física e ao bem da pessoa na sua uni totalidade [...]",* é argumentado que esse seria o principal objetivo das profissões da saúde. Nas palavras de Maluf (2020, p. 23): *"A regra de ouro do princípio da beneficência é não causar dano e maximizar os benefícios, minimizando os possíveis riscos".* Sob a ótica de Beauchamp e Childress (1979, apud, MALUF, 2020, p. 23), o princípio se revela em uma ação feita em benefício alheio, portanto, trata-se de um dever moral de agir em benefício do outro.

Diante disto é possível notar que a ciência não possui uma teoria única para explicar o início da vida humana, necessitando, portanto, do apoio de outras vertentes de conhecimento, como a Ética, para apresentar reflexões neste campo. Afinal, é válido mencionar que: *"o aborto é antes de tudo uma decisão moral — e uma decisão moral com desdobramentos jurídicos"* (RAZZO, 2017, p. 39). Além disso, conforme aduz o filósofo Razzo (2017, p. 53) o aborto é um problema humano referente ao interesse de todos os participantes de uma comunidade moral.

4. REFLEXÕES SOBRE O ABORTO PROVOCADO

A questão do aborto provocado, torna-se um desafio ao Legislador, quando se discute se aquele que está para nascer deve ser considerado pessoa, ou seja, se deve ter seus direitos resguardados, ou não.

De todo modo, essa indagação não é nova, conforme explica Barreto (2003, p. 133). A incerteza sobre o início da pessoa humana, sempre preocupou os estudiosos, seja filósofos, cientistas ou juristas. E, justamente por não haver uma resposta pacífica e universal sobre o que é de fato pessoa humana*"(...) torna-se necessário que se busque uma justificativa de caráter racional que sirva de fundamento para a construção desse novo sujeito de direito da sociedade tecnocientífica contemporânea"* (BARRETO, 2003, p. 137).

Como explica Cerqueira (2018, p. 243), o aborto provocado é a interrupção imprevista da gestação e de toda harmonia ecológica, o autor afirma: *"objetivamente, há uma violenta agressão ao organismo feminino, mesmo quando o aborto é realizado precocemente por ação química"*.

Na delicada discussão que envolve o aborto, quando provocado, conforme retrata Maluf (2020, p. 263), há os que entendem que o aborto trata-se de uma liberalidade da

mulher sobre seu próprio corpo, logo, defendem sua total legalidade. Do lado contrário, estão os convictos que o ser gerado possui vida própria, o que demanda sua inviolabilidade. Ademais, menciona a autora que, existem os que compõem uma corrente intermediária, que entendem a necessidade de haver opções legais para realização da prática abortiva em alguns casos.

Um ponto interessante, foi abordado por Baertschi (1995, p. 177, apud BARRETO, 2003, p. 144) no qual abrange que, quando consideramos pessoa somente aquele ser humano que possui estado de consciência de si e capacidade do exercício da autonomia moral, adentramos em uma zona em que se desconsidera pessoa, aquele que está dormindo ou em estado de coma, e nesse caso seria lícito matar um indivíduo nessas circunstâncias. Ainda nesse panorama, questiona o filósofo Razzo (2017, p. 193): *"um suicida seria menos pessoa por não contemplar mais as possibilidades triviais objetivas de sua vida sem sentido?".* Para Cerqueira (2018, p. 236) *"essa é a definição biológica de um ser vivo: ele se inicia em determinado momento, prossegue continuamente por diferentes etapas próprias de sua história individual, até sua morte. Se não há um início, não haverá um ser vivo"*.

Há quem sustente, que a proteção à vida do nascituro vai aumentando progressivamente na medida em que o embrião se desenvolve, assim, *"o tempo de gestação é, portanto, um fator de extrema relevância na mensuração do nível de proteção constitucional atribuído à vida pré-natal"* (SARMENTO, 2005, p. 30).

A crítica ao posicionamento do autor é de que qualquer proposta de referência baseada em estágios para sinalizar a vida é incapaz de identificar um momento, um marco, por isso, se argumenta uma procura subjetiva e não científica, conforme expõe Cerqueira (2018, p. 235). Outro ponto sensível desse debate, apontado pelo mesmo autor (2018, p. 246), é com relação à relativização da vida, pois, "*se uma vida é relativizada por estar num tempo inicial de desenvolvimento, o valor de qualquer vida pode ser relativizado".*

A problemática sobre a relativização da vida, pode seguir um caminho obscuro, do qual, inclusive, fora vivenciado no decorrer da história humana, e essa é a abordagem feita pelo filósofo Carvalho (2017, p. 386), na qual aponta que, se há uma relatividade sobre o que é vida ou o que é pessoa, estamos no campo da convenção social e assevera:

> [...] se a condição de ser humano é uma convenção social, nada impede que uma convenção posterior a revogue, negando a humanidade de retardados mentais, de aleijados, de homossexuais, de negros, de judeus, de ciganos ou de quem quer que, segundo os caprichos do momento, pareça inconveniente.

O autor Barreto (2003, p. 136) abrange essa mesma discussão mencionando diferentes momentos e circunstâncias na história como: *"a ideia de escravos e homens livres; no colonialismo, a separação entre indígenas ou selvagens e colonizadores; no antissemitismo, entre judeus e não judeus; nas relações de gênero, entre homem e mulher"*. Sarlet (2020, pp. 417-418) relembra a existência de práticas eugênicas na Antiguidade: *"[...] bastaria lembrar a eliminação dos recém-nascidos defeituosos em Esparta, tidos como imprestáveis para assumir seu papel na sociedade [...]".* Barreto (2003, p. 136) em seguida, afirma que, se discute e, se nega *"[...] o reconhecimento do estatuto de pessoa humana para cada categoria desses seres humanos excluídos".*

Assim, o debate sobre a noção de vida digna e indigna, segundo Sarlet (2020, pp. 417-418), não deve servir como fundamento para afirmar uma inferioridade, e ainda

destaca que *"o que importa sublinhar, no contexto, é que a noção de uma vida indigna deve ser tida como completamente dissociada da ordem constitucional"* (SARLET, 2020, p. 418).

Ocorre que, o poder de decisão sobre a vida do nascituro, se encontra sob o domínio dos que estão de fora, e em observação aos exemplos históricos apontados, é possível afirmar que somos vulneráveis a estabelecer um sistema onde alguns são mais dignos que outros.

Uma crítica relevante sobre a banalização da vida e a modernidade contemporânea, foi abordada por Bittar (2020, p. 41), na qual, aponta que, a técnica que se adentra aos tempos atuais: *"faz-se e desfaz-se das dimensões de nossa humanidade, aumentando de forma exponencial o risco de terem-se atingidas, relativizadas ou redefinidas as dimensões da personalidade humana e dos direitos que lhe são respectivos"*. E nesse contexto, afirma-se com certeza, a constante possibilidade de banalização da vida. Como explica o autor: *"[...] o próprio conceito de vida parece ter sido ressignificado, e uma série de balizas, que tradicionalmente permitiam fazer face ao mundo, se diluíram e se desfizeram, como se estivéssemos diante da modernidade líquida"* (Bittar, 2020, p. 42). Segundo o autor, daí revela-se a necessidade de se apegar à uma reflexão bioética que faz da vida o foco dos avanços científicos atuais.

Trazendo-se à tona os direitos e princípios constitucionais, percebe-se que a atual Constituição Federal se manifesta de forma incompatível ao pensamento de eliminação da vida considerada "indigna", "inferior" ou por "conveniência". O art. 5º da Constituição Federal dispõe expressamente que: *"todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]*. Além disso, entre os objetivos fundamentais do art. 3º, consta: "promover *o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".*

De outro modo, no tocante à visualização do nascituro como direito da mulher, é relevante mencionar a perspectiva apresentada por Rondon (2020, p. 24), em que se aplica o princípio da dignidade da pessoa humana à mulher na questão do aborto de fetos anencéfalos.

Nesse sentido, para a autora, todos têm direito a uma vida livre, também no que se refere às decisões reprodutivas, por isso, a coerção estatal se compara à uma forma de tortura. Para Diniz (2014, p. 45), essa coerção, é o mesmo que: *[...] obrigar um pai ou um filho tornar-se doador de um rim motivado pelo argumento moral de que essa atitude salvará um outro ser.*

Com relação à liberdade reprodutiva das mulheres, Diniz (2001, p. 44), aponta que o Estado deve oferecer amparo, seja na escolha da interrupção ou na continuação da gestação, e assim estabelecer condições dignas. Tendo isso, destaca-se a constatação do filósofo Razzo (2017, p. 24): *"quando a pessoa toma a iniciativa de interromper a gravidez, acredita estar eliminando um amontoado de células cujo valor precisa ser menor do que o valor da liberdade que ela exerce sobre o próprio corpo".*

A autonomia Bioética, no entendimento de Amaral e Pona (2014, p. 533), reflete a consideração da vontade do indivíduo e o respeito que se deve ter nas decisões por ele tomadas, isso *"[...] em relação a seu próprio corpo e vida"*. Daí surge o questionamento, seria o nascituro, parte do corpo da mulher, para que, assim, a autonomia desta venha prevalecer na decisão interruptiva da gravidez?

Do ponto de vista biológico, no passado, acreditava-se que aquele que estava para nascer, poderia ser uma extensão do corpo da mulher, contudo, com a visualização da vida intrauterina, destaca-se da explicação de Maluf (2020, p. 155) que, o zigoto formado

possui informação genética única, com as características determinadas pelos cromossomos herdados tanto da mãe, como do pai. Assim, é cientificamente seguro e de bom senso afirmar que o tema do aborto não é monopólio de mulheres (RAZZO, 2017, p. 53).

Barreto (2003, p. 152) aduz que, mesmo com o conhecimento do mundo científico, reflexões bioéticas, e os esforços jurídicos doutrinários, não há como apresentar uma resposta para essa problemática tão complexa como a questão do aborto, pois, ainda que possam estabelecer normas, nenhuma delas asseguram a plena realização individual e social.

De todo modo, as ciências do Direito e da Bioética devem caminhar em consonância, com a finalidade exposta pelos autores Magno e Guerra (2014, p. 194) *"[...] buscar o repúdio a qualquer ato que tenha por meios ou escopos qualquer traço de ofensa à dignidade humana"*. Pois, os direitos humanos, fundamentados no princípio dignidade da pessoa humana, podem ser considerados o ponto de encontro dessas duas áreas de conhecimento, como afirmam Amaral e Pona (2014, p. 535). Nesse seguimento, destaca-se a fala de Ranco (2009, p. 9), quando aduz que*"[...] não há respeito à dignidade da pessoa quando se menospreza a sua própria existência."*

Com critérios de praticidade, Barreto (2003, p. 147), coloca que, tendo em vista as diversas correntes que tentam definir o que é a pessoa humana, o debate deveria ser substituído por explicações que *"[...] indiquem como o embrião deve ser tratado".* Nesse sentido, extrai-se da conclusão da autora Maluf (2020, p. 162): "[...] *não há como negar que efetivamente existe a vida, nem tão pouco sonegar a esse pequenino ser, que tanto luta e se transforma para nascer, o direito à proteção de sua integridade, de sua vida [...]".* Carvalho (2017, p. 385) afirma que, a luz da razão, nenhum ser humano pode arrogar-se o direito de cometer livremente um ato que ele próprio não sabe dizer, com segurança, se está retirando uma coisa, ou uma vida.

Assim, diante de todo debate exposto, nota-se a necessidade de que a Bioética seja melhor explorada pelos operadores do Direito para o respeito à vida e à dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As discussões sobre o início da vida, sempre renderam grandes divergências e reflexões tanto no meio religioso como no meio científico. Percebe-se que, nos tempos atuais, o debate se torna ainda mais desafiador e indispensável, isso, tendo em vista os grandes avanços tecnológicos que afetam positivamente, mas também, negativamente as relações humanas.

Denota-se que, apesar das divergências doutrinárias no ordenamento jurídico e ausência de pacificação filosófica e científica, o direito à vida é positivado como fundamental na Constituição Federal de 1988.

As convenções internacionais das quais o Brasil é parte, demonstram sua total preocupação com a vida daquele que está para nascer. Em âmbito civil, o nascituro, apesar de na literalidade do art. 2°, receber personalidade civil no nascimento com vida, valoriza-se a teoria concepcionista que por sua vez, garante toda proteção ao nascituro e o reconhece como pessoa.

Com isso, se revela a importância que o Direito Brasileiro tem dado à vida em seus estágios iniciais, motivo pelo qual, o direito à vida do nascituro pode ser interpretado como um direito constitucional.

É imprescindível que o Direito esteja atento aos estudos e reflexões propostas pelo campo da Bioética. Percebe-se que, as duas matérias, possuem o mesmo cerne: proteger a pessoa humana.

Para tanto, a Bioética se dispõe a examinar a moralidade e ética das condutas humanas, estabelecendo padrões e limites para que, com as transformações científicas e tecnológicas não ocorra a desvalorização da pessoa. O Direito, por sua vez é responsável em acompanhar todas as transformações a fim de resguardar os direitos de todos frente a qualquer ameaça.

Em todo o desenrolar do conflito, nota-se que, de um lado está a vida daquele que está para nascer e, de outro, a autonomia e liberdade daquela que está gerando. Destaca-se a importância e o respeito que deve ser dado à autonomia privada, entretanto, por muitas vezes os direitos positivados poderão sofrer limitações devido à interferência de um direito alheio, caso em que haverá, portanto, um direito ou valor que prevalecerá sobre outro.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil : introdução** / Francisco Amaral. - 10. ed. revista e modificada - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos;PONA, Éverton Willian. GLOBALIZAÇÃO BIOÉTICA: A UNIVERSALIDADE DO PARADIGMA PRINCIPIALISTA FUNDADO NA DIGNIDADE HUMANA. In: MEZZAROBA, Orides. **Biodireito Coleção Conpedi/Unicuritiba.** Curitiba: Clássica Editora, 2014. p. 524-553.

VIDA realmente começa na concepção?: Entenda as diferentes opiniões. Entenda as diferentes opiniões. 2022. Redação Brasil Paralelo. Disponível em: https://www.brasilparalelo.com.br/artigos/vida-comeca-na-concepcao. Acesso em: 04 maio 2022.

BARBOSA, Allan Wine Santos. **A construção espírita do problema do aborto**: ordem espiritual e discurso público. 2019. 21 f. Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2019. Cap. 1.

BARRETTO, Vicente Paulo. A ideia de Pessoa Humana: os Limites da Bioética. In: BARBOZA, Heloisa Helena. **Novos Temas de Biodireito e Bioética.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 133-156.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. CONEXÕES ENTRE DIREITOS DE PERSONALIDADE E BIOÉTICA. In: GOZZO, Débora Gozzo, Wilson Ricardo Ligiera (organizadores). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 148-177.

BITTAR, Eduardo C. B.. Bioética e direito: a luta pela não reificação da vida. In: MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direitos da personalidade**: uma contribuição de silmara ja chinellato. Barueri: Manole, 2019. Cap. 3. p. 41-52.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002.

CARVALHO, Olavo de, 1947- **O mínimo que você precisa saber para não ser um idiota** / Olavo de Carvalho; organização Felipe Moura Brasil. - 27. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2017.

CERQUEIRA, Elizabeth Kipman. Os direitos da mulher e o aborto. In: RAMOS, Dalton Luis de Paula. **Bioética, pessoa e vida**. 2. ed. São Caetano do Sul: Difusão, 2018. Cap. 14. p. 235-247.

Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Pacto de San José. Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em:<http://www.cidh.org/Basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm> Acesso em: 22 set. 2020.

DINIZ, Debora. Bioética e aborto. In: Costa, Sérgio Ibiapina F.Debora Diniz**. Bioética: Ensaios** -- Brasília: S.I.F. C, 2001, p, 133-144.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista**, Revista trimestral de direito civil: RTDC, v. 9, n. 35, 0. 101-119, jul./set.2008.Disponivel:<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheitos/Luiz-Edson-fachin. pdf> Acesso em: 25 set. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de direito civil; volume único** / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2017.

HOSSNE, William Saad; PESSINI, Leo; SIQUEIRA, José Eduardo de; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Bioética aos 40 anos: reflexões a partir de um tempo de incertezas**. São Camilo, 2010. p. 130-143.

JORGE FILHO, Isac. **Bioética: fundamentos e reflexões**. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017

LEAL, Mirian Martins; OLIVEIRA, Karina Díaz Leyva de; PARENTE, Priscila Batista Corrêa; ARAUJO, Gleiton Lima; SILVA, José Carlos Quinaglia e. **Início da vida**: uma visão multidisciplinar pautada na bioética. 2018. 10 f - p. 191- 200. Dissertação (Mestrado) - Curso de Com. Ciências Saude, Escola Superior de Ciências da Saúde, Brasilia, 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, a. 36, n. 141, p.99-109, 1999.

LUCATO, Maria Carolina; RAMOS, Dalton Luiz de Paula (org.). Bioética - histórico e modelos. In: RAMOS, Dalton Luis de Paula. **Bioética, pessoa e vida**. 2. ed. São Caetano do Sul: Difusão, 2018. Cap. 1. p. 27-46.

MAGNO, Arthur e Guerra, Silva. DIREITOS FUNDAMENTAIS E MANIPULAÇÃO DA VIDA INTRA-UTERINA: SUPORTE BIOÉTICO À INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. In:

MEZZAROBA, Orides. **Biodireito Coleção Conpedi/Unicuritiba.** Curitiba: Clássica Editora, 2014. p. 179-197.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito.** 4. ed. – São Paulo: Almedina, 2020.

MARINO JÚNIOR, Raul. **Ensaio sobre o amor**, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 20 set. 2020.

PADILHA, Rodrigo, **Direito Constitucional.** 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Nascituro: Tutela Jurídica à Luz da Constituição Federal .ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles**. 2007. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_23883291_NASCITURO_TUTELA_JURIDICA_A_LUZ_DA_CONSTITUICAO_FEDERAL.aspx. Acesso em: 19 out. 2020.

PESSINI, leocir, BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas atuais de bioética.** 8. Ed. Revista e ampliada. – São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007.

RANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Proteção do direito à vida: a questão do aborto**. 2009 Disponível:https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/viewFile/1285/752.

RAZZO, Franciso. **Contra o aborto**. Rio de Janeiro: Record, 2017.

RIBEIRO NETO, Francisco Borba. Conhecimento e Bioética. In: RAMOS, Dalton Luiz de Paula. **Bioética, pessoa e vida: uma abordagem personalista**. 2. ed. São Caetano do Sul: Difusão, 2018. Cap. 4. p. 85-96.

RONDON, Gabriela. **Rev. Direito e Práx**., Rio de Janeiro, Vol. 11, N.02, 2020, p. 1137-1165.

SANTOS, Ivanaldo. **Aborto eugenia e neonazismo**. 2012. Disponível em: https://pantokrator.org.br/po/artigos-pantokrator/aborto-eugenia-neonazismo/. Acesso em: 3 out. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Cap 4.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e constituição**. 2005. Disponível em: http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982_342_abortosarmentodanie.

Semana Acadêmica do curso de Direito (4.: 2019: São Luiz Gonzaga – RS) Anais da IV Semana Acadêmica do Curso de Direito, [recurso eletrônico] / Organizadores: Ana Luci Santos da Silva; Cristiane Menna Barreto Azambuja; Juliana Bedin Grando. / Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Câmpus São Luiz Gonzaga/ São Luiz Gonzaga – RS: URI, de 27 a 31 de maio de 2019.

SILVA, Elaine Cristina Camillo da; GOMES, Isabella Montovani; RAMOS, Dalton Luiz de Paula. Princípios da Bioética personalista. In: RAMOS, Dalton Luis de Paula. **Bioética, pessoa e vida**. 2. ed. São Caetano do Sul: Difusão, 2018. Cap. 3. p. 71-83.

TARTUCE, Flávio. **A Situação Jurídica do Nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro.** São Paulo, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

A LUTA PELA VIDA (DES)PROTEGIDA PELA SEGURIDADE SOCIAL: UM ENSAIO SOBRE DIREITO, LITERATURA E CINEMA

Clara Souza de Jesus[1]
Rafaela de Souza[2]
Albano Francisco Schmidt[3]

Resumo: O presente artigo aborda os direitos sociais dos cidadãos brasileiros, constitucionalmente assegurados, e a dificuldade ao acesso e efetivação desses direitos, tendo como pano de fundo a análise das obras Quarto de Despejo: diário de uma favelada, livro escrito por Carolina Maria de Jesus, e a obra cinematográfica Parasita, filme sulcoreano dirigido por Bong Jo Hoo. Assim, o propósito da análise em questão é expor os direitos sociais violados nas obras supracitadas e sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro, sul coreano e internacional. Como resultado, observa-se que a realidade fática vivenciada pelos cidadãos brasileiros e sul coreanos, demonstrada através das obras, vai de encontro ao conceito de seguridade social devidamente disposto em ambas as legislações.

Palavras-chave: Direito internacional. Direitos sociais. Direito e literatura. Direito e cinema.

Abstract: This article addresses the social rights of Brazilian citizens, constitutionally guaranteed, and the difficulty in accessing and enforcing these rights, having as a background the analysis of the works Dump room: diary of a favelada, a book written by Carolina Maria de Jesus, and the cinematographic work Parasita, a South Korean film directed by Bong Jo Hoo. Thus, the purpose of the analysis in question is to expose the social rights violated in the aforementioned works and their positivization in the Brazilian, South Korean and international legal system. As a result, it is observed that the factual reality experienced by Brazilian and South Korean citizens, demonstrated through the works, goes against the concept of social security duly provided for in both legislations.

Keywords: International right. Social rights. Law and Literature. Law and cinema.

INTRODUÇÃO

A luta por direitos sociais é tema vivo na sociedade brasileira contemporânea e segue sendo a base para movimentos individuais e coletivos que reivindicam esses direitos, quiçá desde a Revolução Francesa e seus ideais nunca plenamente cumpridos. Tamanha a relevância desse ponto, que tal luta é retratada em diversos livros e filmes. Neste artigo, como pano de fundo e recorte teórico arrimado na vertente Direito e Literatura (POSNER, 2009), optou-se por analisar um livro e um filme, colocando em evidência a questão das lutas sociais.

Na parte literária, selecionou-se o livro *Quarto de despejo: Diário de uma favelada*, escrito por Carolina Maria de Jesus, na época moradora da favela do Canindé em São Paulo, o qual retrata sua vivência durante os anos entre 1955 e 1960, demonstrando a realidade fática dos segmentos mais empobrecidos da sociedade: os favelados. Assim, é possível analisar em tal registro literário, entre tantos aspectos enfrentados pelos moradores das comunidades, o modo como o Estado demonstra-se ausente, e até mesmo propositalmente alheio, à precariedade existencial dos indivíduos.

1. Acadêmica de Direito. Sociedade Educacional de Santa Catarina (UNISOCIESC). E-mail: clarasouzadejesus16@gmail.com.
2. Acadêmica de Direito. Sociedade Educacional de Santa Catarina (UNISOCIESC). E-mail: souza008rafaela@gmail.com.
3. Orientador do artigo. Doutorando em Patrimônio Cultural e Sociedades pela UNIVILLE. Mestre em Direito pela PUC/PR. Professor de Direito Empresarial e Internacional no Bom Jesus / IELUSC e UNISOCIESC. E-mail: albanodireito@gmail.com.

A obra foi publicada pela primeira vez em 1960 após inúmeras tentativas por parte da autora, que chegou a enviar seus manuscritos para uma editora nos Estados Unidos, tornando-se um best-seller, traduzido em 13 línguas, logo em sua primeira edição, sendo amplamente difundido em escala mundial. O sucesso inicial da obra se deu pela sua capacidade em demonstrar a realidade incômoda dos moradores das favelas de forma crítica e crua, sendo utilizada como referencial importante para estudos culturais e sociais. No entanto, após o alcance gerado pelo livro, seu sucesso foi notoriamente impactado durante, e após, o golpe militar de 1964.

No que tange ao cinema, *Parasita* é um filme sul coreano dirigido por Bong Joo Ho e que conquistou 4 estatuetas no Óscar em 2020, tornando-se o primeiro filme premiado não falado em língua inglesa. O filme narra a história da família Kim, desempregados no início do filme, e como eles se tornaram verdadeiros parasitas na residência de uma família de classe alta através de mentiras. Após Ki-woo se tornar professor particular da filha dos Park, ele e sua família fazem com que os outros empregados dos Park sejam demitidos, para que eles ocupem seus lugares. A família Park sequer imagina que o professor de sua filha, a professora de seu filho, sua governanta e seu motorista são da mesma família. Com um enredo brilhante e realista, Bong Joo Ho expõe a pobreza, o desemprego e diversos outros problemas sociais presentes na Coreia do Sul.

Assim, tais relatos, demonstrados através da obra literária *Quarto de despejo: diário de uma favelada*, e o grande sucesso cinematográfico *Parasita*, provocam à realização de uma análise crítica, sob o viés das referidas obras, acerca da ineficácia da proteção social por parte dos Estados competentes. Deste modo, ambas as obras apresentam em sua ficção a realidade desta grande parcela da população que sofre com a desigualdade social e, com a falta de condições para exercer seus direitos básicos, como a dignidade, o direito à moradia, à saúde, à educação e à alimentação, se contrapondo com os dispositivos legais que deveriam estar garantindo de fato acesso à tais direitos fundamentais. Neste sentido, buscou-se abordar as principais previsões legais nacionais e internacionais dos direitos feridos nas respectivas obras.

1. DIREITO À PROTEÇÃO SOCIAL NO BRASIL E NA COREIA DO SUL

A seguridade social no Brasil é um direito fundamental pautado pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º, o qual enumera os direitos sociais destinados à redução das desigualdades sociais e regionais. Neste sentido, é estabelecida através de 3 elementos fundamentais, sendo estes: o Direito à Saúde para todos, a Assistência Social para os necessitados, e à Previdência Social para aqueles que realizam contribuição mensal, sendo cada matéria regida por disciplina constitucional e infraconstitucional específica. Nesse sentido, importante mencionar que o conceito, e os princípios, da seguridade social podem ser definidos pelo Art. 194 da CF/88, o qual dispõe em seu caput que: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

Em relação ao elemento de direito à saúde, este encontra-se garantido pela Constituição Federal em seus artigos 196 a 200, sendo que a definição de saúde é disposta como:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco doença e de outros

> agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Nesse sentido, o direito à saúde possui como princípio norteador sua universalidade, devendo contemplar todos os indivíduos que se encontram em território nacional, independentemente de sua naturalidade/nacionalidade. Vale ressaltar que, tal direito é disposto não somente na Constituição Federal, mas também em lei própria nº 8.090/90, a qual dispõe sobre "as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências".

Assim, importante mencionar que, ao se referir à saúde ambos os dispositivos legais abordam o conceito de forma ampla, em busca do bem-estar geral dos cidadãos, abrangendo desde a saúde física de fato, até a mental e social, conforme disposto no Art. 3 da Lei 8.090/90:

> Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.
> Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Em relação ao direito à assistência social, este encontra-se previsto na Constituição Federal em seu art. 203, o qual dispõe que:

> Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
> I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
> II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
> III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
> IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
> V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.
> VI - a redução da vulnerabilidade socioeconômica de famílias em situação de pobreza ou de extrema pobreza.

É possível observar que o direito à assistência social é considerado por sua abrangência e legislação como um instrumento que tem como objetivo a modificação das condições sociais dos indivíduos necessitados, e não mera política assistencialista com impactos temporários. De modo concomitante, tal elemento da seguridade social é regido pela Lei Orgânica de Assistência Social Nº 8.742/93 (LOAS), a qual sofreu alterações pela Lei n. 12.435/2011. Assim, após tais mudanças, os objetivos da assistência social podem ser verificados no Art. 2º da LOAS, em conformidade com a carta magna, com vistas à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, bem como, à vigilância socioassistencial e à defesa de direitos.

A respeito do tema, Santos aduz que:

> A defesa de direitos deve garantir o pleno acesso aos direitos no conjunto das provisões assistenciais. A atividade administrativa, para além da execução dos

> programas assistenciais, deve garantir que a comunidade carente tenha acesso a informações sobre os programas assistenciais disponíveis e, ainda, que seja assistida na defesa desses direitos. Parece-nos que o legislador quis enfatizar que há prestações assistenciais disponíveis, que não se limitam ao benefício de prestação continuada, no valor de um salário-mínimo, e que podem ser instrumento de redução de desigualdades sociais.
> [...]
> A Assistência Social, a nosso ver, é o instituto que melhor atende o preceito de redução das desigualdades sociais e regionais, porque se destina a combater a pobreza, a criar as condições para atender contingências sociais e à universalização dos direitos sociais. Para enfrentar a pobreza, a Assistência Social efetiva-se por meio de integração às políticas setoriais (art. 2º, parágrafo único). (SANTOS, 2022, p. 137-138)

> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:
> I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada;
> II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
> III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
> IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
> V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Pode-se depreender assim que o direito à previdência social, assim como os elementos supramencionados, é fundamentado na busca pela proteção social da população em casos de necessidade, no entanto, vale ressaltar que tal benefício social ocorre apenas mediante contribuição mensal ao instituto de previdência responsável. Importante mencionar que, o sistema de previdência brasileira busca abranger todos os cidadãos contribuintes, até mesmo aqueles que não se encontram presentes em território nacional, um exemplo da dimensão de tal cobertura seria o acordo internacional previdenciário realizado entre a República da Coreia do Sul e do Brasil, assinado em 22 de novembro de 2012, e elaborado pela Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional.

O supramencionado acordo entre os países é utilizado em casos em que o cidadão brasileiro, que contribuiu por determinado período em seu país, ao se mudar para a Coreia do Sul, e estabelecer relação de emprego, deseja utilizar o tempo trabalhado no Brasil no cálculo de seu benefício, juntamente com o período laborado na Coreia do Sul. Neste caso, o cidadão de naturalidade brasileira, residente na Coreia do Sul, receberá sua aposentadoria dividida proporcionalmente em duas partes: uma paga pela Coreia do Sul e outra paga pelo Brasil.

A assistência social na Coréia do Sul ocorre por meio do programa de proteção nacional de subsistência básica, o qual permite que as pessoas de baixa renda, ou seja, estado de vulnerabilidade social, possam receber benefícios para fins de manutenção de sua qualidade de vida. O dispositivo legal responsável pela regularização de tais direitos relacionados à seguridade social dos cidadãos Sul-Coreanos, é a Lei-Quadro da Previdência Social (Lei nº 18.215, de 8 de junho de 2021, parcialmente alterada), que tem como objetivo dispor em sua redação legal acerca das matérias básicas relativas à

criação e promoção de políticas de segurança social e sistemas conexos, contribuindo assim para a promoção do bem-estar das pessoas (Art. 1º da Lei nº 18.215/21).

De forma similar ao sistema de seguridade social brasileiro, tal programa de proteção está relacionado aos custos de vida, serviços médicos, moradia e educação dos cidadãos, baseando-se nas necessidades dos beneficiários, sendo possível observar a compreensão de tais elementos no Artigo 3º da supracitada Lei nº 18.215/21:

> Artigo 3.º (Definição) Os significados dos termos utilizados nesta Lei são os seguintes. <Revisão 2021. 6. 8.>
> 1. “Segurança social” significa o seguro social que protege todos os cidadãos de riscos sociais como parto, criação de filhos, desemprego, velhice, invalidez, doença, pobreza e morte e garante renda e serviços necessários para melhorar a qualidade de vida das pessoas ; assistência pública e serviços sociais.
> 2. “Seguro social” refere-se a um sistema que garante a saúde e a renda das pessoas ao lidar com os riscos sociais que ocorrem ao público na forma de seguro.
> 3. “Assistência pública” refere-se a um sistema que garante o padrão mínimo de vida e apoia a independência para as pessoas que não têm condições de sustentar a vida ou têm dificuldades de viver sob a responsabilidade dos governos estaduais e locais.
> 4. “Serviço social” significa garantir uma vida humana nas áreas de bem-estar, saúde, educação, emprego, habitação, cultura, meio ambiente, etc. Refere-se a um sistema que apoia a melhoria da qualidade de vida das pessoas por meio de cuidados, de informação, uso de instalações relacionadas, desenvolvimento de capacidades e apoio à participação social.
> 5. “Rede de proteção social vitalícia” refere-se a um sistema de seguridade social customizado que garante renda e serviços considerando simultaneamente as necessidades básicas que devem ser satisfeitas universalmente ao longo do ciclo de vida e as necessidades especiais decorrentes de riscos sociais específicos.
> 6. “Dados administrativos previdenciários” referem-se a dados ou informações criados, adquiridos e administrados pelo Estado, governos locais, instituições públicas e empresas de acordo com as leis e regulamentos, e necessários para a implementação das políticas de previdência social.

Assim, após revisão realizada no ano de 2015, o artigo nº 10 da supramencionada legislação dispõe a respeito das responsabilidades do Estado para manutenção da qualidade de vida de seus cidadãos, estabelecendo normas acerca do estabelecimentos e garantia de um salário mínimo, e dos níveis dos benefícios da previdência social, nos seguintes termos:

> Artigo 9.º (Direito a receber a segurança social) Todos os cidadãos têm direito a receber as prestações da segurança social (doravante designada por “direito à segurança social”), conforme estipulado pelas leis relativas à segurança social.
>
> Artigo 10.º (Nível das Prestações da Segurança Social) (1) O Estado e as autarquias devem esforçar-se por melhorar o nível das prestações da segurança social para que todos os cidadãos possam manter uma vida saudável e cultural.
>
> O Estado deve publicar o nível mínimo de garantia e o salário-mínimo todos os anos, conforme prescrito pelas leis e regulamentos relevantes. <Revisado em 2015. 12. 29.>
>
> O Estado e os governos locais determinarão o nível dos benefícios da previdência social considerando o nível mínimo de segurança e o salário mínimo nos termos do parágrafo (2). <Revisado em 2015. 12. 29.>

No entanto, é possível analisar através dos dados disponibilizados pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), da qual ambos os países analisados são membros, que a realidade econômica dos cidadãos, ainda que protegidos pela seguridade social, é reflexo da dicotomia social presente no país. Assim, de acordo com dados divulgados pela supracitada organização intergovernamental, a média da renda líquida ajustada disponível por família per capita é de apenas US$ 21.882 por ano, valor inferior à média da OCDE, de US$ 33.604 por ano.

Neste seguimento, é possível observar em ambas as obras analisadas que o acesso a tais direitos fundamentais, garantidos pela Constituição Federal e pelas legislações específicas de cada país, não ocorre na realidade fática das camadas mais vulneráveis da sociedade. Resta claro nos registros literários e cinematográficos analisados que o acesso à saúde se torna comprometido, na medida em que os personagens sequer possuem acesso à moradia digna, à uma alimentação saudável, água potável, saneamento básico, energia elétrica e sinal de internet. De modo que, diante de tais circunstâncias existenciais, a saúde física e mental dos cidadãos torna-se comprometida devido às situações que são obrigados a enfrentar em seu cotidiano, como é possível observar na obra de Carolina Maria de Jesus:

> 28 de julho…deixei o João e levei só a Vera e o José Carlos. Eu estava tão triste! Com vontade de suicidar. Hoje em dia quem nasce e suporta a vida até a morte deve ser considerado herói (...) (JESUS, 2021, p.102)
> [...]
> 16 de junho…Hoje não temos nada para comer. Queria convidar os filhos para suicidar-nos. Desisti. Olhei meus filhos e fiquei com dó. Eles estão cheios de vida. Quem vive, precisa comer. Fiquei nervosa pensando: será que Deus esqueceu-me? Será que ele ficou de mal comigo? (JESUS, 2021, p.174)

De mesmo modo, a referida obra demonstra a dificuldade de acesso à assistência social, que não cumpria seu devido papel na seguridade social, conforme possível analisar no seguinte excerto:

> Eu sei que existe brasileiros aqui dentro de São Paulo que sofre mais do que eu. Em junho de 1957 eu fiquei doente e percorri as sedes do Serviço Social. Devido eu carregar muito ferro fiquei com dor nos rins. Para não ver os meus filhos passar fome fui pedir auxílio ao propalado Serviço Social. Foi lá que eu vi as lágrimas deslisar dos olhos dos pobres. Como é pungente ver os dramas que ali se desenrola. A ironia que são tratados os pobres. A única coisa que eles querem saber é o nome e endereço dos pobres. (JESUS. 2021, p.42)

Por fim, este contexto vai de encontro às disposições do Protocolo Adicional à Convenção Americana (Protocolo de São Salvador), o qual define em seu 10º artigo que: “1. Toda pessoa tem direito à saúde, compreendendo-se como saúde o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social”. No mesmo sentido, prevê a Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946, a qual dispõe que: “Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social”. Portanto, diante das informações supramencionadas, resta clara a demonstração de que a realidade fática dos indivíduos em condição de vulnerabilidade social e econômica é totalmente diferente daquela prevista na referida legislação, a qual garante a seguridade social aos cidadãos.

2. O (IN)ACESSO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DICOTOMIA DAS CLASSES SOCIAIS PRESENTES NAS OBRAS

A intersecção proposta entre o livro e o filme permite uma análise quadripartida da situação de seus personagens, dividida em moradia, possibilidade de ascensão social, alimentação e educação:

2.1. Moradia

As obras analisadas são repletas de dicotomias gritantes entre as classes sociais apresentadas. Em *Quarto de Despejo*, Carolina Maria de Jesus aborda diversos privilégios de indivíduos de classe social superior. Já no início de seu livro uma fala de seu filho José Carlos comove: “Não fique triste mamãe. Nossa Senhora Aparecida há de ter dó da senhora. Quando eu crescer eu compro uma casa de tijolos para a senhora” (JESUS, 2021, p 17). Morar em um barraco, assim chamado por Carolina, não oferece condições mínimas de segurança e conforto e, situações como passar frio e chover dentro de casa são comuns na rotina de Carolina, de sua família e de diversas outras famílias na mesma condição social. Carolina tem dificuldade em chamar seu barraco de casa devido às péssimas condições deste “Cheguei na favela: eu não acho geito de dizer cheguei em casa. Casa é casa. Barracão é barracão” (JESUS, 2021, p. 47).

A moradia é um direito social previsto no caput do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, Carta Magna do país. Além disso, a própria Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 considera a moradia como um direito fundamental, incluindo em seu artigo 25 o direito à habitação. Em seu artigo 1 o direito à dignidade é garantido, portanto, inclui-se o direito à habitação neste artigo também, visto que a moradia está diretamente ligada com a condição de dignidade do ser humano.

Observa-se que a obra de Carolina Maria de Jesus retrata a realidade das favelas na década de 1950, após a Declaração Universal de Direitos Humanos e o direito à moradia continuava sendo violado. Mais preocupante ainda é que mais de 60 anos depois, em 2019, o filme *Parasita* aborda moradias precárias e o direito à moradia sendo violado. São duas épocas distintas e dois locais diferentes, mas com problemas sociais parecidos.

Em *Parasita*, a família Kim reside em um semi-porão, conhecido na Coreia do Sul como *banhija*, com pouca ventilação e iluminação. Esse tipo de moradia é muito comum na Coreia do Sul, e os *banhijas* foram criados com intuito de servir como bunker para emergência, mas acabam sendo utilizados para habitação. Ainda, uma enchente alaga toda sua residência e diversas outras residências do mesmo bairro. Durante a mesma chuva a família Park estava em sua residência, abrigados e sem se molhar. O próprio Sr. Park comenta que aquela chuva era uma benção, sem nem imaginar os efeitos negativos que a chuva poderia ter para as pessoas em situação de vulnerabilidade, como seus empregados.

Em contraponto, a residência da família Park está localizada em um bairro nobre e trata-se de uma casa grande, ventilada, iluminada e com um grande e belo jardim. O gramado, algo tão simples, mas que para a família Kim é um grande privilégio. Em determinada parte do filme a família Park vai acampar e a família Kim resolve aproveitar a residência de alto padrão. Durante esse tempo, Ki-woo se deita na grama para apreciar as estrelas, ação que não pode ser realizada em sua própria casa.

A dificuldade de acesso à moradia ainda é presente no Brasil também. De acordo com dados apresentados pela Fundação João Pinheiro, com base no ano de

2019, a quantidade de residências brasileiras com algum tipo de inadequação chega a mais de 24,8 milhões. A inadequação é considerada na presença de algumas características, como quando há falta de abastecimento de água, de saneamento básico, de energia elétrica, de espaço, de banheiro, de uma cobertura adequada, entre outras.

Vale ressaltar que a própria Constituição Federal em seu artigo 23, inciso IX, determina como competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios "promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico" (BRASIL, 1988). No entanto, mesmo disposto na Constituição, os programas relacionados às condições habitacionais não são o suficiente para garantir de fato moradias de qualidade para a população de baixa renda. O direito à moradia não se trata apenas de ter um teto sob a cabeça, mas sim de ter uma moradia com as condições mínimas para ser habitada. Dentre estas condições estão a privacidade, a segurança, a iluminação, a ventilação, um espaço adequado e a infraestrutura do local, tais como saneamento básico, água encanada e transporte público, como disposto na Ficha Informativa sobre Direitos Humanos nº 21 da ONU:

> A noção de habitação condigna é definida na Estratégia Global como compreendendo: intimidade suficiente, espaço adequado, segurança adequada, iluminação e ventilação suficientes, infra-estruturas básicas adequadas e localização adequada relativamente ao local de trabalho e aos serviços essenciais – tudo isto a um custo razoável para os beneficiários. (ONU, 2009)

Ainda na Constituição Federal, o caput do artigo 182 garante o direito à cidade afirmando que "a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem- estar de seus habitantes" (BRASIL, 1988) (grifo nosso). Ademais, a Lei nº 10.257/2001, conhecida como Estatuto da Cidade regulamenta o artigo constitucional supracitado e estabelece diretrizes gerais da política urbana. O artigo 2º, inciso I desta lei propõe como diretriz a garantia do direito a cidades sustentáveis, incluindo o direito à moradia. Concluiu-se que além do direito à moradia, o direito à cidade de Carolina e dos demais cidadãos em condições semelhantes estão sendo violados.

A Lei nº 1.124 de 16 de junho de 2005 dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Em seu artigo 2º estão elencados os objetivos da lei e o inciso I traz como objetivo "viabilizar para a população de menor renda o acesso à terra urbanizada e à habitação digna e sustentável" (BRASIL, 2005).

Analisando outro dispositivo internacional, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 reforça o artigo 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos e impõe que:

> Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. (BRASIL, 1992)

Importante destacar que o dispositivo internacional supramencionado foi promulgado pelo Brasil através do Decreto nº 591 de 6 de julho de 1992, portanto, deve a

República Federativa do Brasil cumprir o disposto no presente Pacto. Assim, são diversas legislações, brasileiras e internacionais, que tratam da questão da moradia. Contudo, a aplicação destas legislações fica apenas na idealização, em sua maioria.

2.2. As escadas e a ascensão social

Em *Parasita*, há grande presença de escadas na residência da família Park, além de estar localizada em um morro. A elevação da residência é uma comparação à elevação social dessa família. Oposto disso está a residência da família Kim, localizada no subsolo. Uma cena importante do filme ocorre após a família Park retornar para casa de seu acampamento frustrado e a família Kim precisa retornar para sua casa. Nessa cena fica nítido o quão baixa é sua residência e consequentemente, sua posição social. Para chegar em casa, Ki-Taek, Ki-Woo e Ki-Jung precisam descer as escadas da casa dos Park, descer o morro que se encontra a casa e descer várias outras escadarias.

Por outro lado, *Quarto de Despejo* apresenta a realidade inversa de que morar num local elevado não significa ascensão social, pelo contrário, significa o rebaixamento social. As favelas, comumente localizadas em morros, formam-se nesses locais por se tratar de áreas desocupadas, mas que muitas vezes são locais de risco de deslizamentos de terras. A formação das favelas enquanto dado histórico é resultado da exclusão social contra a população negra no período pós abolição e o processo de urbanização os isolou geograficamente e socialmente (BERSANI).

Dessa forma, o local de residência dos indivíduos está diretamente ligado com sua condição social, visto que no caso de *Parasita*, na Coreia do Sul, quanto mais baixo o local, mais próximo do rio e por isso as enchentes são comuns, enquanto as casas nos locais mais altos estão protegidas. No entanto, no Brasil essa condição se inverte ao verificarmos que as favelas se encontram em locais elevados e por isso o acesso à água, saneamento básico e outros direitos fundamentais é dificultado. Além disso, as chuvas também podem ter efeito negativo com os deslizamentos de terra.

2.3. A alimentação

Um dos pontos com maior destaque em *Quarto de Despejo* é a fome, a falta de dinheiro para comprar o básico e garantir uma alimentação digna. Carolina Maria de Jesus relata diversas vezes a dificuldade em obter alimentos para si e para seus filhos e, chega a comparar a fome com uma escravidão: “E assim no dia 13 de maio de 1958 eu lutava contra a escravatura nova - a fome!”(JESUS, 2021, p 32).

Algumas vezes a família de Carolina tem alimento, mas não o suficiente para uma refeição completa. Fazer quatro pratos, como arroz, feijão, repolho e linguiça na mesma refeição representa “ser alguém” para Carolina. Seus filhos pedem mais comida e ela relata seu sofrimento “Essa palavra ‘tem mais’ fica oscilando dentro do cérebro de uma mãe que olha as panela e não tem mais” (JESUS, 2021, p. 38). Sua filha Vera até pede para que a venda para a Dona Julita, uma mulher que esporadicamente Carolina presta serviços, porque lá tem comida gostosa (JESUS, p. 42).

Pegar comida no lixo se torna um hábito:

> José Carlos chegou com uma sacola de biscoitos que catou no lixo. Quando eu vejo eles comendo as coisas do lixo penso: e se tiver veneno? É que as crianças não suporta a fome. Os biscoitos estavam gostosos. Eu comi pensando naquele provérbio: quem entra na dança deve dançar. E como eu também tenho fome, devo comer. (JESUS, 2021, p. 46)

O direito à alimentação também é um direito social e está previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Mas a inclusão da alimentação como um direito social ocorreu apenas em 2010, através da Emenda Constitucional 64/2010, que alterou o art. 6º da Constituição Federal e introduziu a alimentação como direito social. Essa inovação da EC 64/2010 é muito importante na concretização do acesso ao direito à alimentação, conforme Moraes:

> Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social. (MORAES, 2022, p. 247)

Além disso, a Conferência da *Food and Agriculture Organization* (FAO) de 1996, analisada por Camera e Wegner, estabeleceu o direito humano à alimentação como obrigação dos Estados nacionais, buscando a efetivação do direito a alimentos e à segurança alimentar:

> As obrigações que o direito humano à alimentação confere ao Estado consistem em: (a) proteger, ou seja, evitar que pessoas ou organizações infrinjam o direito a se alimentar de outras pessoas o que se recomenda seja evitado por meio da promulgação de leis e estabelecimento de órgãos que investiguem tais casos; (b) respeitar, isto é, os governos não devem privar ou dificultar o acesso pelos seus cidadãos ao alimento; e, por fim, (c) satisfazer — o governo deve facilitar o acesso pelos grupos vulneráveis de alimentos, bem como criar instrumentos para que esses grupos possam seguir se alimentando por si mesmos e prover alimentos nas situações em que a segurança alimentar da população estiver ameaçada por motivos alheios a sua vontade. (CAMERA, WEGNER, 2016, p. 9)

Nesse sentido, levando em consideração a necessidade de políticas públicas para combater a fome, foi criada no Brasil a Lei nº 11.346 de 15 de setembro de 2006, a Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional. No entanto, assim como diversas legislações citadas neste artigo, esta legislação é falha ao combater a fome e a insegurança alimentar de famílias em situação vulnerável.

Já em *Parasita*:

> Os Kim sobrevivem fazendo bicos e, mesmo quando têm dinheiro, comemoram comendo num buffet para taxistas — uma maneira barata de consumir uma refeição rica em calorias. Esse simbolismo não se perde nos espectadores de cinema em Seul, hoje uma das dez cidades mais caras do mundo, com os produtos alimentícios mais caros da Ásia. Os Park, por outro lado, abastecem sua geladeira com água mineral com gás e alimentam seus cães com ração orgânica de alta qualidade e kani-kama japonês. (BALHORN, 2020, p. 3)

Um estudo de 2018 realizado na Coreia do Sul avaliou 1.023 residentes de Seul e concluiu que “mais de 20% da população de baixa renda não recebe os nutrientes adequados” (BALHORN, 2020, p. 3). Associado a isso, a falta de acesso a produtos frescos eleva a quantidade de moradores de baixa renda com “taxas de pressão alta, diabetes, obesidade e doenças cardíacas” (BALHORN, 2020, p. 3). No entanto, a discrepância na dieta dos indivíduos de diferentes classes sociais é algo presente na Coreia do Sul e no mundo todo. No Brasil, em 2021, 55,2% da população não tinha necessariamente três refeições ao dia, de acordo com o relatório da Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar Nutricional (Rede PenSSAN). Além disso,

o mesmo estudo indica que mais de 19 milhões de brasileiros encontram-se em privação extrema de alimentos. A realidade de sair de casa para trabalhar ou estudar sem ter se alimentado ou sem saber quando terá acesso a uma refeição está presente em Quarto de Despejo na década de 1950, mas está presente também em diversas residências brasileiras de 2022.

2.4. A educação

Enquanto Ki-woo e Ki-jung não podem cursar o ensino superior por falta de condições financeiras, os filhos do casal Park possuem professores particulares. Da-hye tem professor particular para ajudar nos estudos e na aprovação em uma faculdade, enquanto Da-song tem professora particular de artes, pois seus pais acreditam que ele é um grande artista.

Da mesma maneira, em Quarto de Despejo, Carolina incentiva seus filhos a estudarem, mas enfrenta dificuldades para que eles tenham acesso à educação: “O José Carlos não quer ir na escola porque está fazendo frio e ele não tem sapato. Mas hoje é dia de exame, ele foi. Eu fiquei com medo, porque o frio está congelando. Mas o que hei de fazer?” (JESUS, 2021, p. 66).

Para Guimarães, o direito à educação

> é hoje reconhecido mundialmente, todavia sua conquista somente é válida se for promovido o acesso, a permanência e sua conclusão. A educação não se limita apenas às crianças e jovens até 17 anos, trata-se de um direito em que as condições de igualdade são estendidas a todos e em vários níveis e modalidades. A educação escolar contempla o ensino infantil, fundamental, médio, universitário e técnico profissionalizante. (GUIMARÃES, 2019)

Portanto, cabe uma análise do acesso, ou sua negação, ao direito à educação nas duas obras aqui citadas, uma vez que a dificuldade no acesso à educação em *Parasita* está no ingresso ao curso superior, enquanto em *Quarto de Despejo* a dificuldade de acesso está em todos os níveis de educação.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, centro dos direitos internacionais e documento base de todos os tratados ratificados posteriormente, refere-se à educação como desenvolvimento pleno da personalidade humana:

> Artigo 26
> 1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.
> 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do ser humano e pelas liberdades fundamentais. (ONU, 1948)

Garantir as condições para que a população tenha acesso à educação é um dos principais deveres de um Estado. O direito social à educação está previsto no caput do artigo 6º da Constituição Federal e no Capítulo III, seção I da Constituição Federal. Cabe ressaltar o artigo 205 da Constituição Federal que define a educação como um direito de todos e um dever do Estado e da família. Na obra em análise a família está cumprindo seu dever, incentivando e oferecendo o pouco que tem para garantir que as crianças frequentem a escola.

O Estado parece estar falhando com seu dever e mais uma vez a legislação é diferente da situação fática. E mais, o artigo 208, inciso VII, estipula como dever do Estado a garantia de “atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde” (BRASIL, 1988). Diante dos direitos negados que aqui foram citados, o inciso VII é violado diariamente no Brasil, visto que mesmo *Quarto de Despejo* sendo da década de 1950, muitas pessoas se encontram nas mesmas condições sociais no Brasil, em 2022.

O direito à educação é previsto na legislação brasileira desde sua primeira Constituição Federal, em 1824. Com o passar do tempo e com a promulgação de novas Constituições e novas legislações, o direito à educação foi ganhando força e os avanços positivos são visíveis. No entanto, é perceptível que os Estados ainda não conseguem efetivar o acesso à educação para todos, contudo, este é um dever fundamental de cada país, em especial se previsto na Constituição, como ocorre no Brasil. O acesso ao conhecimento desenvolve o ser humano e promove sua inserção na vida social e profissional, por isso além da positivação desse direito, há necessidade de sua efetivação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da elaboração do presente artigo, vislumbra-se que a realidade fática dos cidadãos mais necessitados da sociedade não é condizente com a segurança social, prevista nas legislações. Sendo tal fato demonstrado pela falta de acesso à elementos básicos como à moradia, saúde, alimentação, água e educação, dentre outros direitos fundamentais, aos cidadãos de baixa renda, moradores de comunidades suburbanas como a Favela de Canindé, do livro *Quarto de despejo* e de bairros como da família Kim, do filme *Parasita*.

As dicotomias aqui apresentadas entre as classes sociais são somente algumas de uma infinidade delas, como o fato de a família Park ter condições de comprar arco e flechas de índios americanos para seu filho brincar e Carolina não ter dinheiro para comprar alimento, roupas e calçados. A sociedade é um verdadeiro tabuleiro de xadrez, um preto no branco, com desigualdades presentes diariamente na vida de milhões de pessoas, visto que os problemas sociais deste artigo se fazem presentes no mundo todo e se trata de um desafio para todos. Um desafio que deve ser resolvido o mais breve possível para oferecer uma vida digna a todos, sem distinção de classes sociais.

REFERÊNCIAS

BALHORN, Max. Tradução por Jacobin Brasil. Parasita: a arte perturba menos que a realidade. **Outras Mídias**. [S.l.], 17 jan. 2020. Disponível em: https://outraspalavras.net/outrasmidias/parasita-a-arte-perturba-menos-que-a-realidade/. Acesso em: 11 abr. 2022.

BERSANI, Humberto. **Do quarto de despejo à sala de aula:** Carolina Maria de Jesus e o ensino do direito. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:C3f-30iv2DQJ:https://www.enadir2019.sinteseeventos.com.br/arquivo/downloadpublic%3Fq%3DYToyOntzOjY6InBhcmFtcyI7czozNDoiYToxOntzOjEwOiJJRF9BUlFVSVZPIjtzOjM6IjI

5MiI7fSI7czoxOiJoIjtzOjMyOiJlNGNhMzVlMDYyYzcxYTcyNjY2YWYwNzM2YWQxZTIwZSI7fQ%253D%253D. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992**. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 01 jun 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.090/90, de 13 de novembro de 1990**. Altera a estrutura básica da Secretaria da Ciência e Tecnologia da Presidência da República e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8090.htm. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.742/93, de 07 de dezembro de 2003**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 11 abr. 2022

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11124.htm. Acesso em: 01 jun 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006**. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm. Acesso em: 14 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.435, de 06 de julho de 2011**. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12435.htm. Acesso em: 11 abr. 2022

BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdencia: Acordos Interacionais. Disponível em: https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/assuntos/acordos-internacionais/acordos-internacionais/assuntos-internacionais-acordos-internacionais-portugues. Acesso em: 04 jun. 2022.

CAMERA, Sinara; WEGNER, Rubia. **Direito humano à alimentação, (in) segurança alimentar e desenvolvimento**: os desafios à realização progressiva na América Latina. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 14, n. 1, 2017 p. 20-34. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36921.pdf. Acesso em: 13 abr. 2022.
Constituição da Organização Mundial da Saúde (1946). Disponível em: http://www.nepp-dh.ufrj.br/oms2.html . Acesso em: 11 abr. 2022.
Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) (1969). San José, Costa Rica: Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm . Acesso em: 11 abr. 2022.

COREIA DO SUL. **Lei nº 18.215, de 08 de junho de 2021**. Lei-Quadro da Previdência Social. Disponível em: https://www.law.go.kr/%EB%B2%95%EB%A0%B9/%EC%82%AC%ED%9A%8C%EB%B3%B4%EC%9E%A5%EA%B8%B0%EB%B3%B8%EB%B2%95 . Acesso em: 04 jun. 2022.

COREIA DO SUL. **Decreto Presidencial nº 32.223, de 16 de dezembro de 2022**. Decreto de Execução da Lei-Quadro da Segurança Social. Disponível em: https://www.law.go.kr/%EB%B2%95%EB%A0%B9/%EC%82%AC%ED%9A%8C%EB%B3%B4%EC%9E%A5%EA%B8%B0%EB%B3%B8%EB%B2%95%EC%8B%9C%ED%96%89%EB%A0%B9. Acesso em: 04 jun. 2022.

COREIA. OECD Better Life Index, 2022. Disponível em: https://www.oecdbetterlifeindex.org/pt/paises/korea-pt/ . Acesso em: 04 jun. 2022.

Dados revisados do déficit habitacional e inadequação de moradias nortearão políticas públicas: Com nova metodologia de cálculo, números se aproximam mais da realidade atual. Apresentação foi realizada nesta quinta-feira pelo MDR e pela Fundação João Pinheiro. Gov.br, 04 de março de 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mdr/pt-br/noticias/dados-revisados-do-deficit-habitacional-e-inadequacao-de-moradias-nortearao-politicas-publicas. Acesso em: 01 jun 2022.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Esquematizado - Direito Previdenciário**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

FERNANDES, Daniela. Como funcionam programas nos moldes do 'Bolsa Família' nas 10 maiores economias do mundo. **BBC NEWS BRASIL.** [S.l], 08 dez 2018. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-45897725. Acesso em: 11 abr 2022.

FONSECA, Nathallia. Dia Mundial da Alimentação: insegurança alimentar e como ela avança no Brasil. **CNN**. [S.l.], 16 out. 2021. Disponível em:

https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/dia-mundial-da-alimentacao-inseguranca-alimentar-e-como-ela-avanca-no-brasil/. Acesso em: 12 abr. 2022.

GOZZER, Stefania. O lado obscuro da Coreia do Sul, descrita como 'modelo' a ser seguido pelo Brasil. **BBC**. [S.l.], 16 fev. 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51450570. Acesso em: 11 abr. 2022.

GUIMARÃES, Grazielly dos Anjos Fontes. Direito à educação e o dever de educar-se: O acesso ao conhecimento complementa e desenvolve a educação do ser humano, promovendo a inserção na vida social e profissional, exercício da cidadania, desenvolvimento das suas capacidades e vontades. **Migalhas**. [S.l.], 25 jul. 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/307328/direito-a-educacao-e-o-dever-de-educar-se. Acesso em: 02 jun 2022.

JESUS, Carolina Maria de. **Quarto de despejo**: diário de uma favelada. 10. ed. São Paulo: Editora Ática, 2021.

MAHE, Stephani. O direito à educação no Brasil. **Nexo Políticas Públicas**. [S.l.], 26 ago. 2020. Disponível em: https://pp.nexojornal.com.br/linha-do-tempo/2020/O-direito-%C3%A0-educa%C3%A7%C3%A3o-no-Brasil. Acesso em: 02 jun 2022.

MAMEDE, Thainá. Abril 2021: Saúde e Direitos Humanos (1/2). **Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ**. [S.l.], Rio de Janeiro, 03 abr. 2021. Disponível em: https://nidh.com.br/abril-saude-e-direitos-humanos/. Acesso em: 11 abr. 2022.

MARTINS, Mário Henrique da Mata. SILVA, Sandra Luzia Assis. SILVA, Simone Borges da Silva. SPINK, Mary Jane Paris. **O Direito à Moradia**: Reflexões sobre Habitabilidade e Dignidade. Psicologia: Ciência e Profissão, v. 40, p. 1-14, 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/j/pcp/a/fCt3qfskYJP57ZwvjSCMMyw/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 01 jun 2022.

MORAES, Alexandre D. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

ONU. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (217 [III] A). Paris. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 12 abr. 2022.

O Direito Humano a uma Habitação Condigna: Ficha Informativa nº 21, Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos 1995|2004. Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/ficha_informativa_21_direito_habitacao_condigna.pdf. Acesso em: 01 jun 2022.
PARASITA, 2019. Direção: Bong Joo Ho (132 min.).

POSNER, Richard Allen. **Law and literature**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

DISTANÁSIA: ATÉ QUANDO DEVE-SE PROLONGAR A VIDA?

Cristina Hreisemnou Raimundo[1]

Resumo: O presente trabalho teve como problema de pesquisa determinar quais são os limites para a aplicação de tratamentos que buscam prolongar a vida do paciente sem incorrer em obstinação terapêutica. A hipótese inicial foi que para a realização de todo e qualquer tratamento médico deve-se levar em consideração a qualidade de vida do paciente, não tendo como único objeto o prolongamento da vida, de forma que todo tratamento imposto ao paciente deve apresentar chances reais de cura ou, no mínimo, de controle da doença. Utilizou-se o método científico dedutivo e a pesquisa bibliográfica. Concluiu-se que, de acordo com o que determinam o parágrafo único do art. 41 da Resolução n 1.931/2009 do Código Federal de Medicina e a Resolução 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina, a realização de todo e qualquer tratamento médico deve-se levar em consideração a qualidade de vida do paciente, não tendo como único objeto o prolongamento da vida.

Palavras-chave: Distanásia. Bioética. Dor e sofrimento.

Abstract: The present work had as research problem to determine what are the limits for the application of treatments that seek to prolong the life of the patient without incurring in therapeutic obstinacy. The initial hypothesis was that in order to carry out any and all medical treatment, the patient's quality of life must be taken into account, not having as its only objective the prolongation of life, so that any treatment imposed on the patient must present real chances of cure or, at the very least, control the disease. The deductive scientific method and bibliographic research were used. It was concluded that, as determined by the sole paragraph of art. 41 of Resolution n. 1,931/2009 of the Federal Code of Medicine and Resolution 1,805/06 of the Federal Council of Medicine, the performance of any and all medical treatment must take into account the patient's quality of life, not having as its only object the prolongation of life.

Keywords: Dysthanasia. Bioethics. Pain and suffering.

INTRODUÇÃO

A Bioética, matéria que busca analisar e disciplinar a conduta ideal em determinadas situações médicas, tem como objeto de estudo, por exemplo, o fim da vida, analisando questões como a eutanásia, mistanásia, ortotanásia e a distanásia, sendo a última o objeto da presente pesquisa. Assim, tendo em vista que a distanásia se caracteriza pela imposição de tratamentos paliativos ao paciente, ocasionando sofrimentos que vão além da própria enfermidade, utilizar-se-á, na presente pesquisa, a seguinte conceituação: uma morte indigna, dolorosa e com sofrimento.

É de conhecimento geral que a morte é inimiga da medicina moderna e, assim, mesmo que involuntariamente, a distanásia acontece diariamente nos hospitais. No entanto, o médico não pode permanecer na ignorância, sendo seu dever entender o que é ter uma morte digna e o que é a dor e o sofrimento, bem como entender o que é a distanásia e as suas consequências para, assim, aplicar tratamento digno ao paciente.

Nesse norte, a distanásia vem sendo estudada com o intuito de verificar quais são os limites da medicina e das ciências biológicas na aplicação de tratamentos ao paciente, buscando, com isso, permitir que a pessoa tenha uma morte digna e não sofra desnecessariamente.

1. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina. E-mail: cristinahreisemnour@gmail.com.

Sendo assim, do que adianta estender a vida do paciente se este não se interessará mais por viver? Quais são os limites para a aplicação de tratamentos que buscam prolongar a vida do paciente sem incorrer em obstinação terapêutica?

A hipótese inicial é de que, de acordo com o que determinam o parágrafo único do art. 41 da Resolução n 1.931/2009 do Código Federal de Medicina e a Resolução 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina, conclui-se que para a realização de todo e qualquer tratamento médico deve-se levar em consideração a qualidade de vida do paciente, não tendo como único objeto o prolongamento da vida. Portanto, apesar de a morte ser vista como a maior inimiga da medicina moderna, sendo considerada um fracasso médico, todo tratamento imposto ao paciente deve apresentar chances reais de cura ou, no mínimo, de controle da doença, no intuito de não criar falsas expectativas ao paciente e seus familiares, para que, assim, não gere mais sofrimentos aos envolvidos.

Tendo em vista a importância do tema aqui estudado, o presente artigo possui como objetivo analisar os limites do prolongamento da vida do paciente sem prolongar inutilmente sua dor e sofrimento, sendo que, para isso, deverá ser (i) realizada a apresentação da distanásia dentro do contexto da Bioética; (ii) identificados os limites para o prolongamento da vida do paciente dentro da tríade da dor, do sofrimento e da dignidade; e (iii) analisado o que determina o Código de Ética Médica brasileiro e a legislação brasileira acerca da distanásia.

De forma a responder as questões aqui levantadas, a presente pesquisa foi realizada através do método científico dedutivo e a técnica de pesquisa utilizada foi a pesquisa bibliográfica. Além disso, o método dedutivo foi escolhido por ser o mais adequado ao presente estudo, tendo em vista que se busca, a partir de premissas relacionadas ao tema, concluir até onde se deve prolongar a vida do paciente.

1. A DISTANÁSIA

Para compreender a distanásia no ordenamento jurídico brasileiro, primeiro deve-se compreender o aspecto conceitual da distanásia, do direito à vida, do princípio da dignidade humana, do direito à liberdade e do direito à escolha, direitos estes atribuídos ao ser humano através da lei positivada. Portanto, a presente seção busca demonstrar o que é a distanásia e o que são os princípios que a cercam, de forma a possibilitar uma melhor compreensão do que será apresentado no presente trabalho.

1.1. O fim da vida

A bioética é, nas palavras de Goldim (1997 *apud* BONAMIGO, 2012, p. 41) “o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e da atenção à saúde, enquanto que esta conduta é examinada a luz dos princípios e valores morais.” Assim, a bioética é a matéria que busca analisar e disciplinar qual a conduta ideal em determinadas situações médicas, como aborto, a reprodução humana assistida, a eugenia, a intersexualidade e questões relacionadas ao fim da vida.

Nesse sentido, para atender o seu objetivo de entender e definir qual a conduta ideal em cada uma das situações que se dispõe a estudar, a bioética é fundamentada em quatro principais princípios, são eles: (i) *beneficência*, que caracteriza-se, em síntese, pela “disposição de fazer o bem, de agir corretamente para o bem do doente” (BONAMIGO, 2012, p. 88); (ii) *não maleficência* que, em suma, “não somente compreende abster-se de causar danos, como de preveni-los e corrigi-los.” (BONAMIGO, 2012, p. 91); (iii) autonomia, que “significa a manifestação da própria vontade do indivíduo

que provém da sua natureza humana" (BONAMIGO, 2012, p. 67); e (iv) justiça, que "por definição é dar a cada um aquilo que é seu; escolher equitativamente o sujeito da pesquisa e beneficiá-lo com os resultados obtidos; distribuir corretamente os recursos de saúde" (BONAMIGO, 2012, p. 98).

Conforme já brevemente mencionado, o presente artigo busca compreender quais os limites para o prolongamento da vida do paciente de forma a não configurar distanásia, e a bioética é a disciplina responsável por estudar a ética dentro das questões relacionadas ao fim da vida, quais sejam: a (i) eutanásia, (ii) distanásia, (iii) mistanásia e (iv) ortotanásia.

Nesse norte, a eutanásia se caracteriza pelo intencional encerramento antecipado da vida, ou seja, é quando o paciente conscientemente escolhe pôr fim a sua vida ou, no caso de este ser incapaz de tomar a decisão, outra pessoa capaz de fazê-lo, o faz. Nesse sentido, ensina Bonamigo (2012, p. 137):

> Eutanásia é a ação ou omissão do médico ou de outra pessoa para provocar a morte de paciente terminal ou altamente dependente, com a finalidade de eliminar-lhe o sofrimento. [...] A definição de eutanásia proposta pela instituição católica Sagrada Família (SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOUTRINA DA FÉ, 1980) reforça a existência dos três elementos fundamentais: intenção, ação ou omissão, eliminação do sofrimento. Eis o teor da definição: "Por eutanásia entendemos como uma ação ou omissão que, por sua natureza ou nas intenções, provoca a morte a fim de eliminar toda a dor. A eutanásia situa-se, portanto, ao nível das intenções e ao nível dos métodos empregados."

Apesar de buscar ofertar ao paciente uma morte indolor e sem sofrimento, no Brasil é expressamente proibido a prática da eutanásia, conforme determina o art. 41, caput da Resolução n 1.931/2009 do Código Federal de Medicina, que integra o Capítulo V – Relação com pacientes e familiares "É vedado ao médico: [...] Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal", configurando-se, ainda, como crime de assassinato, previsto no art. 121, caput do Código Penal (BRASIL, 1940) "Art. 121. Matar alguém. Pena - reclusão, de seis a vinte anos.".

Já a mistanásia, também conhecida como eutanásia social, apesar de ser caracterizada por uma morte antes do tempo, não busca eliminar o sofrimento do paciente e refere-se a uma morte miserável, que pode acontecer, inclusive, por imperícia, imprudência ou negligência, por exemplo. Nesse sentido, ensina Martin (1998 *apud* Bonamigo, 2012, p. 151)

> A palavra Mistanásia provém do grego *mis* (infeliz) e *thanos* (morte). Mistanásia é "a morte miserável, antes do seu tempo". É um termo que tem o objetivo de substituir a denominada eutanásia social. A Mistanásia ocorre pelos seguintes motivos: pacientes que não conseguem atendimento médico; vítimas de erro médico: imperícia, imprudência, vítima de má prática política, econômica ou científica.

Ademais, a ortotanásia é conhecida por ser a morte no tempo ideal. Caracteriza-se, portanto, pela morte do paciente através do processo natural, sem que haja intervenção sobre o quadro clínico. Nesse sentido, doutrina Bonamigo (2012, p. 148):

> Quanto à etimologia ortotanásia, trata-se de uma palavra composta pelos termos gregos *orthos* (reto, direto) e *thanos* (morte), significando a morte no momento certo. Segundo o dicionário Houaiss (2009), o significado de ortotanásia é "morte natural, normal". [...] Ortotanásia, portanto, significa respeitar o momento certo e

> natural da morte de cada pessoa, nem abreviando a vida, nem a prolongando desnecessariamente.

Tendo em vista que a ortotanásia é, dentre todos os quadros possíveis de fim da vida, o único que respeita o ciclo natural do paciente e uma vez que não o submete a situações degradantes que geram dor e sofrimento, excluindo-se o caso da eutanásia, demonstra Pessini (2001, p. 30):

> [...] a atitude que honra a dignidade humana e preserva a vida é a que muitos bioeticistas, tais como Javier Gafo, Marciano Vidal e outros espanhóis, denominam *ortotanásia*, para falar da morte digna, sem abreviações desnecessárias e sem sofrimentos adicionais, isto é, "morrer em seu tempo certo". Com o prefixo grego *orto*, que significa "correto", ortotanásia tem o sentido de morte "em seu tempo", sem abreviação nem prolongamentos desproporcionados do processo de morrer. A ortotanásia, diferentemente da eutanásia, é sensível ao processo de humanização da morte, ao alivio das dores e não incorre em prolongamentos abusivos com a aplicação de meios desproporcionados que imporiam sofrimentos adicionais.

Conforme já demonstrado acima, o caput do art. 41 da Resolução n 1.931/2009 do Código Federal de Medicina veda, expressamente, a prática da eutanásia, mesmo que a pedido do paciente. No entanto, mesmo que vedada a eutanásia, deve o médico ser diligente e oferecer tratamentos que possam oferecer conforto ao doente, sem incorrer em obstinação terapêutica. Nesse sentido, dispõe o parágrafo único deste mesmo artigo:

> Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal. (BRASIL, 2009)

Ainda sobre o tema, uma vez que autorizada a utilização de tratamentos paliativos, desde que estes não incorram em obstinação terapêutica, o Conselho Federal de Medicina aprovou, em 2006, a Resolução 1.805[2], que permite ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, de forma a aliviar os sintomas que levam ao sofrimento.

Ante o exposto e em análise aos dispositivos legais acima citados, a Ortotanásia permite a aplicação de tratamentos paliativos ao paciente, desde que a adoção destes tratamentos busque única e exclusivamente oferecer conforto e qualidade de vida ao próprio paciente e aos seus familiares, controlando a dor e o sofrimento causados pela enfermidade.

2. Ementa: Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou seu representante legal. Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal. § 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação. § 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário. § 3º É assegurado ao doente ou representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica. Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social, espiritual, inclusive assegurando a ele o direito da alta hospitalar (BRASIL, 2006).

Por fim, a distanásia, objeto do presente estudo, se caracteriza pela aplicação de tratamentos no intuito de adiar a morte do paciente, sendo que estes tratamentos não apresentam qualquer garantia de êxito e melhora do quadro clínico, proporcionando a extensão da agonia e submetendo por mais tempo o paciente à dor e ao sofrimento, buscando apenas e tão somente o prolongamento da vida. Assim, tendo-se a explicação do que é a distanásia, é válido mencionar que ela pode ser conhecida por diversos nomes/termos, como demonstra Pessini (2001, p. 30):

> O termo também pode ser empregado como sinônimo de tratamento fútil e inútil, que tem como consequência uma morte medicamente lenta e prolongada, acompanhada de sofrimento. Com essa conduta não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer. No mundo europeu fala-se de "obstinação terapêutica" (L'acharnement thérapeutique), nos Estados Unidos de "futilidade médica" (medical futility), "tratamento fútil" (futilie treatment) ou simplesmente "futilidade" (futility).

Desta forma, evidente se faz que a distanásia é o completo oposto da eutanásia. Isso porque a eutanásia, segundo o dicionário Aurélio (2004, p. 847), é a “1. Morte serena, sem sofrimento. 2. Prática, sem amparo legal, pela qual se busca abreviar, sem dor ou sofrimento, a vida de um doente reconhecidamente incurável. [Antôn.: *distanásia*, *distanásia*]”, já a distanásia, também segundo o dicionário Aurélio (2004, p. 690), é a "Morte lenta, ansiosa e com muito sofrimento [Antôn.: *eutanásia, eutanásia*.]".

Tendo-se, portanto, que a distanásia se caracteriza pela morte com muito sofrimento, através da imposição de tratamentos paliativos que não apresentam quaisquer garantias de melhora do quadro clínico do paciente e da sua qualidade de vida, Pessini (2001, p. 32) leciona:

> Na luta pela vida, em circunstâncias de morte iminente e inevitável, a utilização de todo um arsenal tecnológico disponível traduz-se em obstinação terapêutica que, ao negar a dimensão da morte, submete a pessoa a uma morte dolorosa.

Ademais, conforme já citado na introdução do presente trabalho, é de conhecimento geral que a morte é inimiga da medicina moderna e, portanto, mesmo que involuntariamente, a distanásia acaba estando presente no dia a dia dos hospitais. Seguindo essa linha de raciocínio, demonstra Pessini (2001, p. 60):

> Uma vez que a morte acontecerá para todos, e também para o próprio médico, a medicina deve criar as condições clínicas para que ela aconteça em paz. Um morrer em paz pode ser definido como aquele em que a dor e o sofrimento são minimizados. Com certeza a medicina não pode garantir uma morte em paz, nem ser responsável pelo que as pessoas trazem no momento do morrer. Mas ela pode evitar tratar a morte como se fosse um acidente biológico evitável, uma falha médica. A morte é, e sempre foi, o resultado inevitável do nascer e vem a todos – mais cedo ou mais tarde – independentemente do tratamento médico oferecido. Chegará um momento em nossa vida no qual os tratamentos serão fúteis.

Nesse sentido, assumindo a morte como inimiga da medicina, conclui-se que serão impostos, de forma incessante, tratamentos que visem evitar esse resultado, principalmente com o avanço científico e tecnológico, que permite cada dia mais a intervenção da medicina sobre a vida do paciente. Acerca do avanço científico e tecnológico, Pessini (1996, p. 2) afirma:

> [...] temos muito mais conhecimento que tínhamos anteriormente. Mas não, este conhecimento não tornou a morte um evento digno. O conhecimento biológico e as destrezas tecnológicas serviram para tornar nosso morrer mais problemático: difícil de prever, mais difícil ainda de lidar, fonte de complicados dilemas éticos e escolhas dificílimas, geradoras de angústia, ambivalência e incertezas.

Sendo assim, uma vez que o resultado morte é dificilmente aceito e, portanto, visto como uma falha da medicina, bem como tendo em vista que o avanço científico e tecnológico dificulta a aceitação do resultado morte, pois o desenvolvimento da humanidade gera uma esperança de cura ou, pelo menos, o retardamento da doença, Pessini (1996, p. 2) vai mais adiante:

> Se o objetivo primeiro da medicina é a preservação e restauração da saúde, a morte deveria ser entendida e esperada como último resultado deste esforço, implícito e inerente desde o começo. Por outro lado, ressalte-se que o empenho da medicina em impedir ou retardar a morte é consequência lógica do seu legitimo esforço da medicina em lutar em favor da vida. A única questão a ser colocada é quando e como, e não se, vamos morrer. Se a morte é parte do ciclo da vida humana, então cuidar do corpo que está morrendo deve ser parte integral dos objetivos da medicina. A morte é o foco em torno do qual os cuidados médicos deveriam ser direcionados desde o início no caso de doença grave ou declínio das capacidades físicas e mentais, como resultado da idade ou doença.

Assim, uma vez que o desejo e a esperança de cura ou, pelo menos, retardamento da doença, ou seja, melhora do quadro clínico do paciente, Santana *et al.* (2010, p. 405) demonstram:

> [...] sabe-se que a tese médica clássica pauta-se na ideia de que o médico não pode nunca abandonar o tratamento de um paciente, pois enquanto há vida, há esperança. Porém, negar a utilização de todo um arsenal tecnológico traduzido em obstinação terapêutica não significa omissão do tratamento.

Nesse norte, apesar de o médico, o próprio paciente e seus afetos temerem a morte e lutarem contra ela a todo custo, o médico não pode permanecer na ignorância, sendo seu dever entender o que é ter uma morte digna e o que é a dor e o sofrimento, bem como entender o que é a distanásia e as suas consequências para, assim, aplicar tratamento digno ao paciente. Assim, ainda seguindo o que lecionam Santana *et al,* (2010, p. 404):

> Quando não mais existem possibilidades de cura, manter todas as intervenções sem perceber os limites traduz em obstinação terapêutica e gera o prolongamento da agonia, do sofrimento e da morte do paciente, que é a distanásia.

Conclui-se, portanto, que apesar de pouco conhecida, a distanásia é um problema constantemente enfrentado na medicina moderna, especialmente, nas unidades de tratamento intensivo (UTIs) e nos hospitais que possuem tecnologia de ponta. Isso porque, ao contrário da ortotanásia, a distanásia se utiliza dos tratamentos paliativos de forma a não somente aliviar o sofrimento do paciente, mas também de evitar a morte a qualquer custo.

1.2. O direito à vida

Quando se discute a saúde e integridade de determinado indivíduo, é necessário compreender que este é possuidor de diversos direitos, dentre eles os fundamentais.

Nesse sentido, o direito à vida é um direito fundamental, constitucionalmente garantido a todo e qualquer cidadão que esteja em solo brasileiro:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade **do direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (grifo) (BRASIL, 1988)

Mas, o que seria o direito à vida? E o que seria a vida propriamente dita? Apesar de existirem diversos conceitos acerca do tema, proposto pelos mais diversificados autores, o dicionário Aurélio (2004, p. 2059) conceitua vida como:

> 1. *Biol*. Conjunto de propriedades e qualidades graças as quais animais e plantas, ao contrário dos organismos mortos ou da matéria bruta, se mantem em contínua atividade, manifestada em funções orgânicas [...] 2. Estado ou condição dos organismos que se mantêm nessa atividade desde o nascimento até a morte; existência [...]

Ainda, objetivando apresentar uma conceituação mais dinâmica do que é a vida, além do conceito trazido pelo dicionário Aurélio, utilizar-se-á para o presente artigo a conceituação dada por De Cupis (1961 *apud* ROBERTO, 2004, p. 342):

> DE CUPIS afirma que a vida se identifica com a simples existência biológica e que o direito à vida é essencial, tem como objeto um bem muito elevado, sendo um direito essencialíssimo. É um direito inato, adquirido no nascimento, portanto, intransmissível, irrenunciável e indisponível.

Assim, tendo em vista que a vida é caracterizada, resumidamente, pela condição orgânica que mantém o indivíduo ativo, configura um direito fundamental e inerente ao homem que possui certa variedade de direitos descendentes. Assim, admitindo-se que o direito à vida não se limita ao direito de viver/existir, ou seja, que o direito à vida é garantidor de outras condições, Moraes (2017, p. 184) ensina:

> Os direitos individuais cujo objeto imediato é a vida comportam: (i) o direito à vida, à luz do art. 5º, caput, (ii) os direitos à integridade física, englobando o direito ao próprio corpo e direito às partes separadas do corpo, a teor do art. 5º, inc. III, e (iii) os direitos à integridade moral, encerrando o direito à intimidade, direito à privacidade, direito à honra e direito à imagem, à vista do art. 5º, incs. V e X, da CRFB

Conclui-se, portanto, que a vida é a condição orgânica que mantém o indivíduo ativo e configura um direito fundamental e inerente ao homem, não possui um ponto de início definido, e abrange não somente o direito de existir, mas também o direito a subsistir, à integridade física e moral.

1.3. O princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é um tema, voluntária ou involuntariamente, abordado e/ou analisado diariamente pela população mundial, isso porque este princípio fundamental encontra-se presente em toda e qualquer ação realizada pela sociedade. Nesse sentido, Moraes (2017, p. 35), ensina:

> *a dignidade da pessoa humana*: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. [...] A dignidade é um

> valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade.

Assim, o zelo à dignidade da pessoa humana deve ser observado além das atitudes e decisões de grandes empresas e do governo, ele deve ser analisado em todas as relações existentes, independentemente de a ação do agente ter ou não ofendido este princípio, nesta senda, fala-se em respeito ou desrespeito para com a dignidade do indivíduo.

Percebe-se, portanto, que quando se fala em dignidade da pessoa humana, deve-se observar, especificamente, o que é pessoa e o que é dignidade.

Nesse sentido, portanto, embasado na filosofia kantiana, Silva (1998, p.90), em sua obra *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*, desenvolve um breve conceito do que é pessoa:

> A filosofia kantiana mostra que homem, como ser racional, existe como fim em si, e não simplesmente como meios, enquanto os seres, desprovidos de razão, têm um valor relativo e condicionado, o de meios, eis por que se lhes chamam coisas, "ao contrário, os seres racionais são chamados de pessoas, porque sua natureza já os designa como fim em si, ou seja, como algo que não pode ser empregado simplesmente como meio e que, por conseguinte, limita na mesma proporção o nosso arbítrio, por ser um objeto de respeito". E assim se revela como um valor absoluto, porque a natureza racional existe como fim em si mesma. Assim, o homem se representa necessariamente sua própria existência. (SILVA, 1998, p. 90)

Sendo assim, pode-se dizer então que *pessoa* é o ser racional, possuidor de consciência e vivência de si próprio (SILVA, 1998). Já no tocante à dignidade, Silva (1998, p. 91), também na obra supramencionada, leciona:

> Voltemos, assim, à filosofia de Kant, segundo o qual no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Aquilo que tem um preço pode muito bem ser substituído por qualquer outra coisa equivalente. Daí a ideia de valor relativo, de valor condicionado, porque existe simplesmente como meio, o que se relaciona com as inclinações e necessidades geral do homem e tem um preço de mercado, enquanto aquilo que não é um valor relativo, e é superior a qualquer preço, é um valor interno e não admite substituto equivalente, é uma dignidade, é o que tem uma dignidade.

Ainda buscando delimitar o conceito de dignidade, em sua obra *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*, Rocha, (1999, p. 3) demonstra:

> Dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal.

Conclui-se, portanto, que dignidade é aquilo que supera o preço, o valor de mercado, é um atributo intrínseco da pessoa, o ser que possui compreensão, que compreende que não admite valoração em moeda de si mesmo.

Superadas as questões acima, a dignidade à pessoa humana é reconhecida como pilar para a criação de normas e aplicação do direito, principalmente no tocante ao direito constitucional e aos direitos humanos, Rocha (1999, p. 3) ensina:

> O sistema normativo de Direito não constitui, pois, por óbvio, a dignidade da pessoa humana. O que ele pode é tão-somente reconhecê-la como dado essencial da construção jurídico-normativa, princípio do ordenamento e matriz de toda organização social, protegendo o homem e criando garantias institucionais postas à disposição das pessoas a fim de que elas possam garantir a sua eficácia e o respeito à sua estatuição. A dignidade é mais um dado jurídico que uma construção acabada no Direito, porque se firma e se afirma no sentimento de justiça que domina o pensamento e a busca de cada povo em sua busca de realizar as suas vocações e necessidades.

Seguindo o mesmo entendimento trazido por Rocha, de que a dignidade à pessoa humana é mundialmente admitida como pilar para a criação de normas e aplicação do direito positivado, Barroso (2016, p. 423) leciona:

> A dignidade humana é um valor fundamental. Valores, sejam políticos ou morais, ingressam no mundo do Direito, assumindo, usualmente, a forma de princípios. A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de status constitucional. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais.

Assim, a dignidade da pessoa humana se torna objeto de estudo e deve ser amplamente analisada para garantir que seja respeitada por toda a população. Ainda no que se refere a importância da dignidade da pessoa humana para o ordenamento jurídico, Silva (1998, p. 92) discorre em sua obra:

> Poderíamos até dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica. Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.

A dignidade da pessoa humana nada mais é, portanto, que algo inerente a pessoa e fundamento para a normatização e aplicação do direito.

Portanto, definido o conceito de dignidade da pessoa humana, Barroso (2016, p. 424) demonstra quais são as principais características deste princípio fundamental:

> Para levar a bom termo esse propósito, deve-se aceitar uma noção de dignidade humana aberta, plástica e plural. Em uma concepção minimalista, dignidade humana identifica (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário). Portanto, os três elementos que integram o conteúdo mínimo da

> dignidade, na sistematização aqui proposta, são: valor intrínseco da pessoa humana, autonomia individual e valor comunitário.

Evidente se faz, desta forma, que o princípio da dignidade da pessoa humana se traduz em um algo inerente ao indivíduo e que busca o respeito aos direitos deste, atuando como pilar para a criação e aplicação das normas jurídicas.

1.4. O direito à autonomia

Conforme já demonstrado no presente artigo, a bioética e o biodireito são fundamentados em quatro princípios centrais. São eles: (i) beneficência; (ii) não maleficência; (iii) autonomia; e (iv) justiça.

Nesse sentido, Bonamigo (2012, p. 66) demonstra que a antiga medicina era considerada paternalista, ou seja, que o médico atuava na figura de pai, de modo beneficente, mas tomando a decisão pelo paciente, que por sua vez atuava na figura do filho. Nesse sentido, o autor leciona que “os atos paternalistas possuem as seguintes características: força ou coerção, mentiras, manipulação, ocultação de informações; intervenção intencional nas preferências de outra pessoa como o propósito de evitar danos ou beneficiar”.

No entanto, como já mencionado anteriormente, um dos princípios bioéticos é a autonomia e, nesse sentido, resta evidente que o paternalismo caminha no sentido totalmente contrário à autonomia.

Têm-se, portanto, que respeitar a autonomia é respeitar a vontade do paciente, ou seja, o médico deve informar ao paciente sobre sua condição clínica, os possíveis tratamentos e, se o caso, suas consequências para, assim, o paciente optar se deseja que seja realizado ou não o(s) tratamento(s) informados pelo médico. Nesse sentido, Bonamigo (2012, p. 68) ensina:

> Autonomia significa que o indivíduo é quem decide aquilo que é bom para si e seu bem-estar. Nada deve ser feito sem o seu consentimento pessoal ou de seu representante. Quando disponível, seu testamento vital[3] deve ser considerado. Autonomia é ter liberdade de pensamento e de poder fazer opções. Autonomia é estar livre de coações internas e externas.

Além do acima exposto, Pessini (2001) explica que na cultura bioética anglo-americana, a autonomia da pessoa tornou-se um princípio ético dominante, o que garantiu aos pacientes a sua participação na decisão acerca dos tratamentos que lhe seriam aplicados. Nesse sentido, alguns pensadores ficaram preocupados com a definição de o que seria caracterizado fútil, uma vez que os pacientes adquiriram o direito de exigir que "tudo fosse feito".

Ademais, a aplicação de tratamentos paliativos por escolha do paciente, que garantam a sua sobrevivência por mais algum tempo para que possa vivenciar determinadas experiências, como por exemplo a formatura de um filho ou o nascimento de um neto, não pode ser meramente classificado como tratamento fútil, uma vez que possui como objetivo proporcionar ao paciente momentos de alegria.

Nesses casos, ainda, não deve ser observada somente a vontade do paciente, mas também a opinião médica. (PESSINI, 2001)

3. O testamento vital é um documento escrito que visa atestar a vontade do indivíduo com relação ao seu corpo e órgãos, declarando sua vontade com relação a doação de órgãos, cremação, aplicação de tratamentos nos casos de inconsciência, entre outras situações, devendo ser lavrado em Tabelionato de Notas através de uma Escritura Pública.

Além do que lecionam Bonamigo e Pessini nas obras mencionadas acima, o Código de Ética Médico Brasileiro (2009) determina em seus arts. 22, 24 e 31:

> Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.
> [...] Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.
> [...] Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Conclui-se, dessa forma, que o princípio da autonomia garante ao paciente que ele possa decidir aquilo que compreende ser bom para si, atendendo seus princípios e valores, devendo ser necessário seu consentimento para a aplicação de qualquer tratamento, sendo que este entendimento se encontra legitimado pela doutrina e positivado pelo Código de Ética Médico.

2. OS LIMITES PARA O PROLONGAMENTO DA VIDA DO PACIENTE

Este capítulo busca entender o que é e quais são os (i) tipos de dor que podem afetar o indivíduo na área física, mental, social e espiritual, bem como o (ii) sofrimento que pode atingi-lo, em decorrência ou não da dor, seja ela qual for e o que são os (iii) cuidados paliativos e como eles podem influenciar no tratamento do paciente, gerando, inclusive, sofrimento. Compreendendo como estes três pontos afetam o indivíduo e como podem ferir os seus direitos é possível entender os malefícios ocasionados pela aplicação da distanásia.

2.1. Dor e sofrimento

A dor e o sofrimento, apesar de constantemente confundidos e entendidos como sinônimos, possuem conceitos diferentes que podem ou não ser associados, ou seja, a dor e o sofrimento podem aparecer em conjunto ou isoladamente, uma não é condicionante da outra e, portanto, não é necessário que sejam apresentadas em um mesmo quadro, mesmo que isso possa acontecer. Nesse sentido, Pessini (2001, p. 57) apresenta a distinção entre os dois conceitos:

> A dor e o sofrimento que freqüentemente andam juntos, não são necessariamente a mesma coisa. A dor está relacionada com extremo desconforto físico e se faz presente de muitas maneiras. O sofrimento, por contraste, se refere a um estado psicológico ou opressão, caracterizado por medo e ansiedade. Uma dor severa e intermitente pode ser, mas nem sempre é, causa de sofrimento (particularmente e o paciente sabe que ela e temporária ou parte de uma curva eventual). Nem sempre o sofrimento acarreta dor (muitos sofrimentos causados por doenças mentais, ou os medos ordinários da vida, não incluem necessariamente algum tipo de dor física)

Nesse sentido, uma vez que demonstrada de forma breve a existência da diferença na conceituação de dor e de sofrimento, passa-se a expor, aqui, de forma mais aprofundada a conceituação destes. Assim, Pessini (1996, p. 6) explica:

> A dor tem duas características importantes: a primeira é que estamos frente a um fenômeno dual – de um lado a percepção da sensação e de outro a resposta emocional do paciente a ela. A segunda característica é que a dor pode ser experienciada como aguda, e, portanto, passadeira, ou crônica, e conseqüentemente persistente. Dor aguda tem um momento definido de início, sinais físicos objetivos e subjetivos e atividade exagerada do sistema nervoso. A dor crônica, em contraste, continua além de um período de seis meses, com o sistema nervoso se adaptando a ela. Nos pacientes com dor crônica não existem sinais objetivos, mesmo quando eles apresentam mudanças visíveis em sua personalidade, estilo de vida e habilidade funcional. Uma tal dor exige uma abordagem que contemple não somente o tratamento de suas causas mas, também, tratamento das conseqüencias psicológicas e sociais.

Em análise ao trecho acima exposto, pode-se verificar, portanto, que a dor, apesar de distinguir-se do sofrimento, não é necessariamente física, ou seja, ela pode tanto ser física, como pode ser psíquica, social e espiritual. Sendo que estas características serão mais bem exploradas no decorrer do presente artigo.

Desta forma, conforme demonstra Pessini (2001, p. 289), de forma resumida:

> A dor pode ser definida como uma perturbação da sensação no corpo. O sofrimento, por contraste, é um conceito mais abrangente e complexo. Pode ser definido, no caso de doença, como um sentimento de angústia, vulnerabilidade, perda de controle e ameaça à integridade do eu.

Conforme demonstrado acima, o sofrimento é mais abrangente do que a dor, sendo caracterizado por sentimentos que afetam o paciente. Assim, de forma a melhor conceituar o que é o sofrimento, Pessini (2001, p. 289) ilustra:

> [...] o sofrimento é mais global do que a dor e fundamentalmente sinônimo de qualidade de vida diminuída, como, por exemplo, as de doenças sérias e prolongadas que causam rupturas sociais na vida do paciente, juntamente com a crise familiar, preocupações financeiras, premonições de morte e preocupações que surgem da manifestação de novos sintomas e seus possíveis significados.

Uma vez compreendido que o sofrimento afeta a qualidade de vida do paciente, caracterizado por ser o resultado de uma grande angústia e sentimento de impotências, o sofrimento passa a ser uma questão pessoal. De forma a demonstrar a ‘virada de chave’ da dor para o sofrimento, Pessini (2001, p. 288) discorre:

> Por vezes, existe um momento na doença crítica em que o sentimento de desesperança e a impotência se tornam mais intoleráveis do que a própria dor. Neste ponto, a *diferença entre dor e sofrimento* torna-se evidente. Nem sempre quem está sentindo dor está sofrendo. O sofrimento é uma questão subjetiva e está mais ligado aos valores da pessoa. Por exemplo, duas pessoas podem ter a mesma condição física, mas somente uma delas pode estar sofrendo com isso. A palavra dor deve ser usada para a percepção de um estímulo doloroso na periferia ou no sistema nervoso centra associado a uma resposta efetiva. Nem toda dor leva ao sofrimento (a dor de um atleta vencedor de uma maratona leva ao prazer), e nem todo sofrimento requer a presença de dor física (a angústia de saber que um ente querido tem mal de Alzheimer, por exemplo).

Diante do que ensina Pessini, resta evidente, portanto, que o sofrimento atinge o emocional do paciente, acarretando, inclusive, no surgimento de doenças psicológicas como, por exemplo, a depressão, uma vez que desenvolve um sentimento de vazio

existencial e tristeza profunda, enquanto a dor, por sua vez, atinge o corpo físico do paciente, como a dor de um braço quebrado, de um corte profundo, ou até mesmo de um joelho ralado.

Importante destacar, ainda, que tanto a dor quanto o sofrimento podem se manifestar em diversos níveis de intensidade, partindo de algo leve e superficial até algum ferimento profundo e desejo de morte, sendo que que a dor e o sofrimento não são mensuráveis, isso porque dependem da facticidade do ser, ou seja, da vivência e experiência própria de cada indivíduo. Isso porque cada indivíduo possui uma realidade diferente do outro, o que torna impossível mensurar com exatidão o que o outro sente e como cada acontecimento pode afetá-lo.

Compreendida a distinção entre dor e sofrimento, deve-se analisar se os profissionais da medicina estão realmente preparados para lidar com a dor e o sofrimento. Nesse sentido, "o alívio da dor e do sofrimento é um dos mais antigos deveres do médico e é também um dos objetivos tradicionais da medicina. Por uma série de razões, a medicina contemporânea tem falhado nesse objetivo." (PESSINI, 2001, p. 57).

Mas por que a medicina contemporânea tem falhado no alívio da dor e do sofrimento? Conforme já demonstrado, a medicina tem a morte como sua inimiga e, além disso, existem cada vez mais ferramentas tecnológicas disponíveis. Assim, Pessini (2001, p. 57) esclarece:

> Mesmo com a existência de um amplo conhecimento de abordagens farmacêuticas efetivas para aliviar a dor, o sofrimento mental e emocional que acompanha a doença e frequentemente negligenciado. Espera-se que as drogas resolvam o que se consegue mais facilmente com aconselhamento e empatia. Na abordagem que considera o paciente não um todo integrado, mas uma mera coleção de órgãos, falha-se no cuidado do sofrimento psicológico, que não é considerado importante, mesmo quando percebido. (Pessini, 2001, p. 57)

Evidente, portanto, que se tem responsabilizado os medicamentos para tratarem tanto a dor quanto o sofrimento, sendo que algumas situações de dor (psíquica, por exemplo) e o sofrimento devem ser tratados com aconselhamento e empatia, normalmente trazidos pelos psicólogos e psiquiatras, como também pelo bom atendimento dos médicos, enfermeiros e técnicos de enfermagem.

Além disso, os conceitos que abrangem a palavra dor são muito mais profundos do que os profissionais da saúde muitas vezes sabem, podem alcançar patamares da área física, mental, social e espiritual. A ausência deste conhecimento, muitas vezes causa a não solução de todos os sintomas da dor dos pacientes. (PESSINI, 1996)

Quando o paciente tem que lidar com uma dor crônica, por exemplo, por muitas vezes, nasce o conceito de sofrimento: quando a dor dá seu lugar à impotência e deixa de ser o maior problema. Por isso, o foco dos tratamentos não satisfaz a angústia de certos pacientes que estão passando por outros tipos de dor. Sobre o tema, Pessini (2001, p. 289) demonstra os principais perigos em negligenciar a distinção entre estes dois conceitos:

> Um dos principais perigos em negligenciar a distinção entre dor e sofrimento no contexto clínico é a tendência dos tratamentos se concentrarem somente nos sintomas físicos, como se fossem a única fonte de angústias para o paciente. Isso acontece com pacientes que estai fisicamente mais confortáveis por causa da terapia da dor, mas cujo sofrimento continua presente. (PESSINI, 2001, p. 289)

Diante de todo o exposto, apesar de a dor e o sofrimento serem caracterizados como funções distintas que afetam de forma diferente o paciente, alternando entre o psicológico e o físico, podendo inclusive desencadear doenças diversas, são situações que, por vezes, caminham juntas, resultado esse facilmente identificado nos casos em que ocorre a distanásia, afetando ainda mais o paciente.

Assim, conforme já demonstrado no decorrer do presente, Pessini (2001), estudioso do tema, mencionou quatro diferentes tipos de dor, sendo eles a dor (i) física, (ii) psíquica, (iii) social e (iv) espiritual, que serão aprofundadas a seguir.

2.1.1. Dor Física

Quando se fala em dor é normal que o ser humano automaticamente remeta o conceito à dor física, até mesmo para aqueles que possuem um conhecimento mais técnico acerca do tema. Nesse sentido, Pessini (1996, p. 6) elucida:

> É a mais óbvia e a maior causadora de sofrimento. Surge de um ferimento, doença, ou da deterioração progressiva do corpo, no idoso e no doente terminal; impede o funcionamento físico e a interação social. No nível físico, a dor funciona como um alarme de que algo está errado no funcionamento do corpo. Como a dor afeta o todo da pessoa, ela pode facilmente ir além de sua função como sinal de alarme. Dor intensa pode levar a pessoa urgentemente a solicitar sua própria morte.

Portanto, a dor física é aquela que afeta somente o físico do indivíduo, decorrente de algum ferimento ou de algum desgaste natural que atinja o ser. No entanto, necessário reforçar que, apesar de a dor ser independente do sofrimento, ela pode implicar consequências para o paciente.

2.1.2. Dor Psíquica

Conforme demonstrado acima, a dor física é aquela que atinge o corpo, o físico do indivíduo e, diferentemente desta, a dor psíquica, como o próprio nome menciona, atinge a psique do paciente. Sobre o tema, Pessini (2001, p. 291) esclarece:

> É a dimensão do sofrimento que freqüentemente surge ao deparar a inevitabilidade da morte. Caracteriza-se por mudança de humor, sentimento de perda do controle sobre o processo do morrer, perda de esperanças e sonhos ou necessidades de redefinir-se perante o mundo.

Conforme demonstra o autor, portanto, a dor psíquica ocasiona a perda de esperanças por parte do indivíduo, ela decorre da perda de controle de determinada situação, no caso da distanásia a perda de controle sobre si mesmo, tornando-se incapaz de evitar sua morte e/ou sofrimento e, portanto, o paciente vai perdendo as esperanças até entrar em um quadro clínico de depressão, podendo ser tão intenso ao ponto de desejar o fim de sua vida.

2.1.3. Dor Social

Não é necessária uma pesquisa avançada para saber que o ser humano, ou melhor dizendo, o ser vivo, necessita ter contato social com outros indivíduos, é quase como, se não for, uma necessidade biológica destes. Sendo assim, o isolamento e a falta de contato com outros indivíduos podem ocasionar em dor, e esta é chamada de dor social:

> É a dor do isolamento. A dificuldade de comunicação que se experimenta justamente quando o morrer cria o senso de solidão num momento em que desfrutar de uma companhia é muito importante. A perda do papel social familiar é também bastante dura. Por exemplo, um pai doente torna-se dependente dos filhos e aceita ser cuidado por eles. (PESSINI, 2001, p. 7)

Pacientes com graves doenças e/ou riscos eminentes de morte não são, necessariamente, os únicos indivíduos que podem ser afetados pela dor social, apesar de esta ser uma situação em que as chances de este tipo de dor afetarem o paciente ser muito maior.

Conforme demonstrado acima, a dor social é ocasionada pelo isolamento do indivíduo sendo que, por vezes, este isolamento ocorre por parte do próprio indivíduo, que por conta de seu estado emocional acaba por se afastar das pessoas próximas a si.

No caso de doenças graves e pacientes em estado terminal, é comum que o paciente, crente de que morrerá em breve, reduza considerável ou quase totalmente, de forma gradativa ou drástica, o contato social que possui com familiares e amigos, no intuito de facilitar a separação e evitar total ou parcialmente o sofrimento de todos os indivíduos emocionalmente participantes da relação.

2.1.4. A Dor Espiritual

Por fim, existe a dor espiritual que, assim como as outras dores mencionadas acima, possui um papel individual, não fazendo parte de nenhuma das outras dores, mas tendo relação com estas podendo aparecer em um mesmo quadro.

> Surge da perda de significado, sentido e esperança. Apesar de aparente indiferença da sociedade em relação ao “mundo além deste”, a dor espiritual está aí. Todos necessitamos de um sentido – uma razão para viver e uma razão para morrer. Em recentes pesquisas nos Estados Unidos, ficou evidenciado que o aconselhamento em questões espirituais situa-se entre as três necessidades mais solicitadas pelos que estão morrendo (e seus familiares). (PESSINI, 2001, p. 7)

Conforme demonstra Pessini, a dor espiritual é vinculada as crenças do indivíduo, ou seja, a fé dele. Nos casos de doenças graves e pacientes terminais é comum verificar a dor espiritual juntamente com outras dores em um mesmo quadro, sendo que a dor psíquica pode ocasionar, apesar de não ser condicionante, a dor espiritual.

Apesar de cada uma das quatro dores supramencionadas apresentarem causas diferentes, mas oriundas do mesmo fato, é necessário distinguir o que está ocasionando cada uma das dores e tratá-las em conjunto, conforme leciona Pessini:

> Estes aspectos da dor estão todos inter-relacionados e, por vezes, não é tão fácil distinguir um do outro. Se os esforços para lidar com a dor enfocam somente um aspecto e negligenciam os outros, o paciente não experimentará alívio da dor e sofrerá mais. Vale lembrar a Sauders, que afirma: “o sofrimento somente é intolerável se ninguém cuidar”. (PESSINI, 2001, p. 7)

Portanto, no tratamento de pacientes é necessário que os agentes de saúde estejam atentos para distinguir todos os tipos de dores que afetam o paciente e, desta forma, poder atender as necessidades para que, assim, o quadro clínico e a qualidade de vida do paciente possam melhorar.

2.2. Cuidados Paliativos

Conforme já demonstrado no início do presente artigo, a distanásia é caracterizada pela aplicação de tratamentos ao paciente que podem não apresentar quaisquer garantias de êxito, ou seja, de melhora no quadro do paciente, além de não se preocupar com a sua qualidade da vida, buscando apenas e tão somente o prolongamento da vida. Ou seja, a distanásia é caracterizada pela imposição de tratamentos paliativos ao paciente, que por vezes geram muito mais dor e sofrimento do que a própria enfermidade.

Além disso, a primeira ideia que se forma acerca da distanásia, é o sofrimento causado ao próprio paciente, no entanto, a problemática desta causa vai além disso, pois a obstinação terapêutica causa sofrimento ao paciente e aos seus afetos, uma vez que estes possuem preocupações com a saúde do paciente e, assim como ele, criam expectativas acerca da aplicação de novos tratamentos.

Nos casos em que o paciente está inconsciente, como no coma, os efeitos colaterais causados pela distanásia são menos considerados, isso porque o sofrimento causado aos afetos dos pacientes, por vezes, não é levado em conta na análise do quadro. Acontece que a dor e o sofrimento causados ao paciente não são os únicos efeitos colaterais da distanásia, é necessário verificar o sofrimento imposto aos familiares, além de todos os custos envolvidos na aplicação destes tratamentos.

Mas o que seriam estes cuidados paliativos? Troppmair *et al*. (2007, p. 76) conceitua:

> É considerado como uma filosofia de cuidados, que reconhece a morte como o estágio final da vida, visando proporcionar o alívio dos sintomas e um maior conforto físico, psicológico e espiritual. Busca-se dignidade e mais qualidade de vida, além de aproximar o paciente de seus entes queridos. Todas as decisões são tomadas em conjunto pela equipe de saúde, o paciente e/ou seus familiares.

Sobre o tema, Santana *et al*. (2010, p. 409) demonstram, em sua obra, que apesar da visão equivocada que se tem acerca dos cuidados paliativos, ou seja, da ideia generalizada de que os cuidados paliativos são inúteis, estes servem para melhorar o quadro do paciente:

> O tratamento paliativo não visa a cura e busca obter uma melhor qualidade de vida, com recursos que promovam o controle da dor, o alívio de quaisquer sintomas, o contato com os familiares, sob o olhar de uma equipe multidisciplinar. (Santana *et al.*, 2010, p. 409)

Arantes (2019, p. 42) ensina, ainda, que nos quadros terminais o diagnóstico de uma doença grave é o ponto inicial do sofrimento do paciente, nesse sentido “a morte anunciada traz a possibilidade de um encontro veloz com o sentido da vida, mas traz também a angústia de talvez não ter tempo suficiente para vivenciar esse encontro.”.

Mais adiante, a Arantes (2019, p. 44) explica:

> Os Cuidados Paliativos podem ser úteis em qualquer fase da doença, mas sua necessidade e seu valor ficam muito mais claros quando a progressão atinge níveis elevados de sofrimento físico e a medicina nada mais tem a oferecer. Fecha-se, assim, o prognóstico e anuncia-se a proximidade da morte. Os médicos profetizam: “Não há nada mais a fazer.” Mas eu descobri que isso não é verdade. Pode não haver tratamentos disponíveis para a doença, mas há muito mais a fazer pela pessoa que tem a doença.

Sobre o tema, Pessini (1996) expõe, que o movimento *hospice*, criado pela Dra. Cicelly Saunder em 1967, foi o movimento que deu origem aos cuidados paliativos, sendo que este movimento busca garantir a qualidade de vida do paciente, evitando tratamentos inúteis. Nas palavras do autor "o objetivo do *hospice* é permitir, aos pacientes e suas famílias, viver cada dia plena e confortavelmente tanto quanto possível ao lidar com o estresse causado pela doença, morte e dor da perda." (PESSINI, 1996, p. 7), Logo, preocupando-se com a qualidade de vida do paciente, Pessini (1996, p. 7) demonstra que o movimento *hospice* determina o seguinte:

> Cuidar dignamente de uma pessoa que está morrendo num contexto clínico significa respeitar a integridade da pessoa. Portanto, um cuidado clínico apropriado busca garantir, pelo menos: 1. Que o paciente seja mantido livre de dor tanto quanto possível, de modo que possa morrer confortavelmente e com dignidade. 2. Que o paciente receberá continuidade de cuidados e não será abandonado ou sofrerá perda de sua identidade pessoal. 3. Que o paciente terá tanto controle quanto possível no que se refere às decisões a respeito de seu cuidado e lhe será dada a possibilidade de recusar qualquer intervenção tecnológica prolongadora de "vida". 4. Que o paciente será ouvido como uma pessoa em seus medos, pensamentos, sentimentos, valores e esperanças. 5. Que o paciente será capaz de morrer onde queira morrer.

Desta forma, uma vez que a utilização de cuidados paliativos serve para proporcionar o alívio dos sintomas da dor e do sofrimento, buscando maior qualidade de vida e respeitar a dignidade da pessoa humana, bem como sua autonomia, qual a 'virada de chave' para que estes sejam considerados fúteis/inúteis e o que são eles?

> A busca por uma definição de futilidade nos leva a examinar os objetivos em relação aos quais os tratamentos podem ser caracterizados como fúteis. Uma variedade grande de objetivos tem sido oferecida pela literatura contemporânea sobre o debate. Os tratamentos têm sido categorizados como fúteis quando não atingem os objetivos de adiar a morte; prolongar a vida; melhorar o conforto do paciente, bem-estar ou estado geral de saúde; atingir determinados efeitos fisiológicos; restaurar a consciência; terminar a dependência de cuidados médicos intensivos; prevenir ou curar a doença, aliviar o sofrimento; aliviar os sintomas; restaurar determinada função; e assim por diante. (Pessini, 2001, p. 62)

Arantes (2019), conta em sua obra que trabalhou em uma unidade de Cuidados Paliativos no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP, em São Paulo, onde era responsável por realizar o acompanhamento médico de pacientes encaminhados pelo hospital e que possuíam uma perspectiva real de morrer em breve, sendo que este acompanhamento por vezes significava algumas poucas horas e por vezes alguns meses, tendo uma expectativa média de 15 dias de acompanhamento. Ao discorrer sobre sua experiência, Arantes (2019, p. 48-49) comenta:

> O desafio do médico é acertar na avaliação e no tratamento da dimensão física sem sedar o paciente. Infelizmente, no Brasil, todo mundo pensa que fazer Cuidados Paliativos é sedar o paciente e esperar a morte chegar. Muitos pensam que é apoiar a eutanásia ou acelerar a morte, mas isso é um engano imenso. Não faço eutanásia, e ninguém que eu conheça que tenha recebido formação consistente em Cuidados Paliativos a prega ou a pratica. Aceito a morte como parte da vida e tomo todas as providências e condutas para oferecer ao meu paciente a saúde, definida aqui como bem estar resultante do conforto físico, emocional, familiar, social e espiritual. Acredito que a vida vivida com diginidade, sentido e valor, em todas as suas dimensões, pode aceitar a morte como parte do

> tempo vivido assim, pleno de sentido. Acredito que a morte pode chegar no tempo certo, e assim será conhecida como ortotanásia. Mas ainda sou mais ambiciosa na prática dos Cuidados Paliativos e busco proporcionar e presenciar a kalotanásia: a morte “bela”.

Conclui-se, portanto, que o tratamento paliativo aplicado ao paciente não é uma forma de tratamento inútil, onde os operadores de saúde buscam colocar panos quentes no quadro clínico, conforme mencionado por Pessini (2006), mas sim trata-se da aplicação de tratamentos buscam aliviar os sintomas das doenças físicas e psicológicas que afetam o paciente, fundamentando-se em princípios, como, por exemplo, da qualidade de vida, um dos mais importantes princípios que cercam a distanásia e quaisquer outros procedimentos médicos.

3. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Apesar da importância da análise da distanásia, a legislação brasileira possui poucas normas que dispõem sobre o tema. Dentro das legislações que abordam direta ou indiretamente o tema, têm-se (i) a Constituição Federal Brasileira, (ii) o Código de Ética Médico e (iii) o Código Civil.

Apesar de não legislar diretamente sobre o tema, a Constituição Federal Brasileira garante direitos e princípios fundamentais a todo e qualquer indivíduo, dentre estes direitos e princípios têm-se aqui aqueles anteriormente estudados, são eles: (i) o direito à vida (art. 5º, caput[4]), (ii) o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 5º, inciso III[5]) e (iii) o direito à autonomia (art. 5º, iniciso II[6]).

Estas determinações, apesar de nada legislarem diretamente sobre a distanásia, legislam sobre os direitos e princípios fundamentais que regem toda e qualquer interação humana, inclusive aquela aqui estudada, portanto, nenhuma ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, pode ferir os direitos garantidos pela Constituição Federal.

O Código de Ética Médico, apesar de expressamente vedar a eutanásia (art. 41, caput[7]), não traz nenhuma determinação direta acerca da distanásia. No entanto, os arts. 22, 24 e 31 vedam o desrespeito à autonomia do paciente (também garantida pela Constituição Federal e pelos princípios bioéticos), enquanto o 41, parágrafo único, autoriza a utilização dos cuidados paliativos, sem que estes configurem caráter fútil/inútil:

> Art. 41. [...]. Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Assim, conclui-se que o Código de Ética Médico autoriza a utilização dos cuidados paliativos, sem que estes configurem obstinação terapêutica, de forma a garantir maior conforto e qualidade de vida ao paciente, desde que sempre respeitando a sua autonomia, ou seja, conscientizando-o sobre suas condições e possibilidades para, assim,

4. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
5. III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
6. II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
7. Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

o paciente, sua família ou responsável legal, dependendo do caso, possam optar pelo que entenderem mais benéfico.

Por fim, o Código Civil determina, em seu art. 186 que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”.

Assim, o paciente que em decorrência da conduta médica, sofrer danos, possui o direito de ser reparado, mesmo que estes danos sejam morais (pelo sofrimento imposto) ou materiais (por possíveis despesas médicas).

Percebe-se, portanto, que a legislação brasileira é escassa quanto ao tema, mas, utilizando-se da interpretação, ao se analisar as normas positivadas existentes e possível encontrar diretrizes que indicam a conduta adequada, sendo que, no caso em questão, a legislação existente garante direitos fundamentais que embasam toda a relação existente entre o médico e o paciente, de forma a caminhar no mesmo sentido que a doutrina.

3.1. O entendimento jurisprudencial

Além da legislação brasileira, uma ótima fonte para se buscar respostas e compreender os entendimentos atuais do sistema judiciário acerca de determinado tema é a análise de jurisprudência. Assim, de forma a complementar a pesquisa aqui realizada, utilizar-se-á aqui, a título de exemplo, dois precedentes que tratam sobre a distanásia no Brasil.

No primeiro precedente que aqui será analisado, M.E.A.N., representada por Maria de Jesus dos Santos Nicacio Pereira teve julgado procedente o pedido para condenar o Distrito Federal a promover a manutenção de sua internação domiciliar.

Inconformada com a sentença proferida nos autos de origem, o Distrito Federal interpôs apelação alegando que a Apelada já recebia todos os tratamentos paliativos possíveis e, caso mantida a sentença proferida na origem, o quadro da paciente passaria a se enquadrar num quadro de distanásia.

Apresentadas as contrarrazões pela Apelada e o parecer do Ministério Público, restou proferida decisão conhecendo e negando o recurso interposto, uma vez que o tratamento objeto da demanda foi recomendado pelo médico da Apelada e não ofende o princípio da dignidade humana. Assim:

> [...] 1.1 O direito à saúde deve se realizar por meio de políticas sociais e econômicas, propiciando aos necessitados não qualquer tratamento, mas o tratamento mais adequado e eficaz, apto a ofertar ao enfermo maior dignidade de vida e menor sofrimento [...] 5. O argumento do Distrito Federal de que o quadro clínico da parte Autora envolve questões de éticas e que não há falta do aparelho de ventilação mecânica ou de falta de acompanhamento domiciliar e sim a necessidade de se evitar a distanásia, pois não é possível aumentar a expetativa de cura ou melhora da evolução normal da Síndrome de Edwards, não é suficiente para afastar o direito fundamental da autora de receber cuidados médicos necessários. 6. A distanásia é o prolongamento da sobrevida da paciente. No caso, a determinação de tratamento domiciliar (“home care”) decorre do estado clínico da autora, foi recomendada por médico da rede pública de saúde do próprio ente federativo recorrente e não significa tratamento que ofende a dignidade da paciente. [...][8]

Resta evidente, portanto, que o tratamento que não resulte na evolução do quadro clínico do paciente não caracterizada distanásia, mas sim o tratamento paliativo que,

8. TJ-DF 0707635-72.2017.8.07.0018, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 30/10/2019, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no PJe : 11/11/2019 . Pág.: Sem Página Cadastrada.

conforme extensamente demonstrado no presente artigo, é autorizado e indicado, uma vez que garante maior conforto e ameniza o sofrimento vivido pelo paciente.

No segundo precedente sob análise, o Ministério Público Federal (MPF) moveu Ação Civil Pública em face do Conselho Federal de Medicina (CFM), que tramitou sob o nº 2007.34.00.014809-3 perante a 14ª Vara Brasília do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, pois entendeu que a Resolução 1.805/2006 do CFM classificou como ética a conduta de praticar a eutanásia, alegando, assim, que o CFM é incompetente para regulamentar e estabelecer como conduta ética uma conduta que é tipificada como crime.

Em contestação, o CFM esclareceu que a resolução em questão não trata sobre a eutanásia e nem sobre a distanásia, mas sim sobre a ortotanásia.

Em audiência, o CFM produziu prova testemunhal que corroborou com o alegado em sede de contestação, motivo pelo qual tanto o CFM quanto o MP requereram, em suas alegações finais, pela improcedência do pedido.

Na sentença o magistrado discorre sobre a eutanásia, distanásia, ortotanásia e a mistanásia, além dos princípios bioéticos e algumas legislações, julgando improcedente a ação proposta pelo MP. É trecho da sentença:

> Quando se lida com pacientes terminais, de acordo com os conceitos da moderna medicina paliativa, invertem-se as perspectivas e, poderíamos dizer, o peso que os princípios da beneficência e da não-maleficência possuem. É que, diagnosticada a terminalidade da vida, qualquer terapia extra se afigurará ineficaz. Assim, já não se pode aceitar que o médico deva fazer tudo para salvar a vida do paciente (beneficência), se esta vida não pode ser salva. [...] Daí é que se pode concluir que, nessa fase, o princípio da não-maleficência assume uma posição privilegiada em relação ao princípio da beneficência - visto que nenhuma medida terapêutica poderá realmente fazer bem ao paciente. Então, o que propugna a medicina paliativa, em cujo contexto está a ortotanásia, é que, na impossibilidade de salvar a vida, deve-se deixar correr o processo natural - e irreversível - da morte, conferindo-se ao paciente o maior conforto que possa ter nos seus últimos dias (o que pode se limitar ao alívio da dor ou chegar até a desospitalização, se esta for a vontade do próprio paciente e de sua família). (Demo, 2010)

Assim, pode-se concluir que o entendimento dos precedentes judiciais analisados vão de encontro com os argumentos expostos no presente artigo, entendendo a distanásia como um quadro de violação da legislação brasileira, dos direitos constitucionais e dos princípios bioéticos, que ultrapassa a linha dos cuidados paliativos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado na introdução do presente trabalho, este artigo buscava compreender quais são os limites para a aplicação de tratamentos que buscam prolongar a vida do paciente sem incorrer em obstinação terapêutica.

Na seção 2, restou demonstrado apesar de pouco conhecida, a distanásia é um problema constantemente enfrentado na medicina moderna, especialmente nas unidades de tratamento intensivo (UTIs) e nos hospitais que possuem tecnologia de ponta. Isso porque, ao contrário da ortotanásia, a distanásia se caracteriza pela morte lenta, ansiosa e com muito sofrimento, através da imposição de tratamentos paliativos que não apresentam quaisquer garantias de melhora do quadro clínico do paciente e da sua qualidade de vida.

Já na seção 3, restaram evidenciados os diferentes tipos de dor e o sofrimento que podem afetar o indivíduo, como a (i) dor física, aquela que afeta somente o corpo físico do

indivíduo, decorrente de algum ferimento ou de algum desgaste natural que atinja o ser; a (ii) dor psíquica, aquela que atinge a psique do paciente, ocasionando a perda de esperanças por parte do indivíduo e decorrente da perda de controle de determinada situação; a (iii) dor social, ocasionada pelo isolamento do indivíduo sendo que, por vezes, este isolamento ocorre por parte do próprio indivíduo, que por conta de seu estado emocional acaba por se afastar das pessoas próximas a si; a (iv) dor espiritual, que é vinculada as crenças do indivíduo, ou seja, a fé dele; e (v) o sofrimento, que afeta a qualidade de vida do paciente, caracterizado por ser o resultado de uma grande angústia e sentimento de impotências, o sofrimento passa a ser uma questão pessoal.

Ainda nesta seção restou demonstrado que os cuidados paliativos não objetivam a cura da doença, mas sim uma melhor qualidade de vida, com recursos que controlem a dor e aliviem o sofrimento do paciente.

Na seção 4, restou demonstrado que a Constituição Federal Brasileira garante direitos e princípios fundamentais inerentes ao homem e que o Código de Ética Médico nada legisla acerca da distanásia, mas, garante o respeito a autonomia do paciente e autoriza a utilização dos cuidados paliativos sem que estes configurem obstinação terapêutica.

Além disso, nesta seção restou demonstrado que os precedentes judiciais analisados vão de encontro com tudo aquilo que aqui foi exposto, entendendo a distanásia como um quadro de violação da legislação brasileira, dos direitos constitucionais e dos princípios bioéticos, que ultrapassa a linha dos cuidados paliativos.

Diante disto, pode-se perceber que os limites para aplicação de tratamentos que buscam prolongar a vida do paciente sem incorrer em obstinação terapêutica irão variar caso a caso. Assim, cada situação deverá ser analisada por uma equipe multidisciplinar o quadro clínico de cada paciente, desde a sua condição física até as questões psicológicas e espirituais, além de respeitar a decisão do paciente ou de seu responsável após ampla e clara explicação acerca da condição médica e dos possíveis tratamentos e resultados. Isso porque a distanásia se utiliza dos tratamentos paliativos de forma a não somente aliviar o sofrimento do paciente, mas também de evitar a morte a qualquer custo.

Confirmou-se, portanto, a hipótese inicial de que, de acordo com o que determinam o parágrafo único do art. 41 da Resolução n 1.931/2009 do Código Federal de Medicina e a Resolução 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina, é autorizado o uso de tratamentos paliativos, desde que estes busquem o alívio da dor e do sofrimento, o oferecimento de conforto ao paciente e uma melhora na sua qualidade de vida, e não somente o prolongamento da vida à qualquer custo.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Ana Claudia Quintana. **A morte é um dia que vale a pena viver**. 1. ed: Sextante. 2019. 192 p.

BONAMIGO, Elcio Luiz. **Manual de Bioética:** teoria e prática. 2. ed. São Paulo: All Print, 2012. 469 p.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil nº 1, de 05 de outubro de 1988. . Brasília, Disponível em: < https://bit.ly/3CRvq2X >. Acesso em: 10 set. 2021

BRASIL. **Del nº 2848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: < https://bit.ly/3CQRj2k >. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.. . Brasília, Disponível em: < https://bit.ly/3EOOL5n>. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região 1. **Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3.** Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Conselho Federal de Medicina CFM. Juiz: Roberto Luis Luchi Demo. Brasília, 1 de dezembro de 2010. Disponível em: < https://bit.ly/3o0N8dV >. – acesso em 02 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Direito administrativo. Constitucional. Remessa de ofício. Sistema único de saúde – sus. Internação domiciliar – home care. Bioética. Proteção integral à criança. Síndrome de edwards. Direito fundamental à vida e à saúde. Dignidade da pessoa humana e mínimo existencial. Princípios da máxima efetividade e da força normativa da constituição. Eficácia imediata. Remessa e apelo conhecidos e desprovidos. Sentença mantida. Apelação Cível nº 0707635-72.2017.8.07.0018. Apelante: Distrito Federal. Apelados: Maria Eduarda Alves Nicacio e Maria de Jesus dos Santos Nicacio Pereira. Relator: Desembargador Alfeu Machado. Brasília, 30 out. 2019. Disponível em < https://bit.ly/3bM2UUs >. – acesso em 02 nov. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de ética médica:** resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 (versão de bolso) / Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.805**, de 09 de novembro de 2006. Brasília, DF, Disponível em: <https://sbgg.org.br//wp-content/uploads/2014/10/tratamentos-na-terminalidadedavida.pdf>. - acesso em 20 set. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 666 p.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. 756 p.

PEREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Editora Positivo, 2004. 2120 p.

PESSINI, Léo. **Distanásia: até quando investir sem agredir?** 1996. Disponível em: < https://bit.ly/3qbSIwY>. Acesso em: 20 set. 2021.

PESSINI, Leo. **Distanásia: até quando prolongar a vida?**. São Paulo: Editora do Centro Universitário de São Camilo, 2001. 427 p.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira Roberto. **O direito à vida**. 2011. Disponível em: https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11138. Acesso em: 17 set. 2021.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. 1999. Disponível em: < https://bit.ly/3BJ699K>. Acesso em: 16 set. 2019.

SANTANA, Júlio César Batista *et al*. **Distanásia:** reflexões sobre até quando prolongar a vida em uma Unidade de Terapia Intensiva na percepção dos enfermeiros. Bioethikos, Ipiranga, v. 4, n. 4, p. 402-411, dez. 2010. Disponível em: < https://bit.ly/301itW0>. Acesso em: 20 set. 2021.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo,** [s.l.], v. 212, p.89-94, 1 abr. 1998. Fundacão Getúlio Vargas. http://dx.doi.org/10.12660/rda.v212.1998.47169. Disponível em: < https://bit.ly/3CTuxHc>. Acesso em: 16 set. 2019.

INTERAÇÕES ENTRE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS (CPC, ART. 927): CRÍTICAS À (IN)APLICAÇÃO DO TEMA 854/RG-STF NO ARE 1.216.116-SC

Felipe Cidral Sestrem[1]

Resumo: O presente artigo aborda, sob uma perspectiva dedutiva, críticas e comentários à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em especial a potencial inaplicação do Tema 854 dos Recursos submetidos à Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal quanto à decisão de fundo tomada no Agravo em Recurso Extraordinário 1.216.116-SC, oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que discutia questões afetas à prorrogação do modelo de prestação de serviços de transporte público municipal de Joinville/SC sem licitação e seus correspondentes impactos. A proposta debate a interação entre os precedentes obrigatórios e os possíveis problemas decorrentes da incoerência interna na aplicação de standards de decisão.

Palavras-chave: Precedentes obrigatórios. Recursos Repetitivos. Controle concentrado de constitucionalidade. Uniformidade e interação jurisprudenciais.

Abstract: This article addresses, from a deductive perspective, criticisms and comments on the jurisprudence of the Federal Supreme Court, in particular the potential inapplication of Theme 854 of the Appeals submitted to the General Repercussion of the Federal Supreme Court regarding the substantive decision taken in the Extraordinary Appeal 1.216.116-SC, from the Court of Justice of the State of Santa Catarina, which discussed issues related to the extension of the model for providing municipal public transport services in Joinville/SC without bidding and its corresponding impacts. The proposal discusses the interaction between mandatory precedents and possible problems arising from internal inconsistency in the application of decision standards.

Keywords: Mandatory precedents. Repetitive Appeals. Concentrated control of constitutionality. Jurisprudential uniformity and interaction.

INTRODUÇÃO

O presente artigo insere-se na classe "Comentários à Jurisprudência", caracterizando breve incursão dedutiva, por meio de uma revisão bibliográfica e jurisprudencial, de matiz exploratória, quanto às interações existentes entre precedentes obrigatórios (repercussão geral, recursos repetitivos e controle concentrado de constitucionalidade).

O trabalho apresenta críticas quanto à aplicação ou inaplicação da tese jurídica fixada no Tema 854 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal ao caso de controle de constitucionalidade da Lei Municipal nº de Joinville/SC.

Parte-se de um não escalonamento da força normativa dos precedentes obrigatórios dispostos nos incisos do art. 927 do Código de Processo Civil, perpassando pelos conceitos de uniformidade, coesão e estabilidade da jurisprudência (CPC, art. 926) para traçar a necessidade de incidência das teses jurídicas fixadas em recursos repetitivos e repercussão geral também no julgamento de ações abstratas de controle de constitucionalidade.

Por se tratar de um artigo voltado a debater criticamente a jurisprudência, tecendo comentários a partir de perspectivas doutrinárias, é estruturado em três capítulos. O

1. Procurador do Município de Joinville. Mestrando em Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD-CCJ/UFSC). Pós-graduado em Direito e Saúde pela Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP) da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ/RJ) e em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Orcid: https://orcid.org/0000-0002-5244-2359 E-mail: felipe.sestrem@joinville.sc.gov.br

primeiro apresentando resumidamente a *ratio decidendi* do Recurso Extraordinário nº 1.001.104-SP (Tema 854/RG-STF). O segundo abordando o comando decisional do ARE 1.216.116-SC. E, por fim, o terceiro, apresentando os comentários e debatendo-se a temática da inaplicação e da interação de precedentes obrigatórios no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

A conclusão proposta é no sentido de compreender presente violação à uniformidade jurisprudencial, dada a incidência colateral, sem hierarquia entre precedentes obrigatórios, instalando flagrante divergência pretoriana do próprio plenário, no tratamento consequencialista outorgado.

1. TEMA 854/RG-STF: RE 1.001.104-SP

O acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 1.001.104, originário de São Paulo, prolatado em 14 de maio de 2020, fixou a seguinte tese jurídica: "Salvo em situações excepcionais devidamente comprovadas, serviço público de transporte coletivo pressupõe prévia licitação". Após declaratórios, operou-se o trânsito em julgado em 09 de abril de 2021.

O caso é originário do Município de Itapevi/SP, versando sobre transporte público intermunicipal. Apesar disso, a lógica que perpassa a discussão de fundo é justamente a potencialidade da prestação de serviços públicos de transporte coletivo sem a necessidade de perpassar por prévio procedimento licitatório, bem como a possibilidade de se promover a modulação de efeitos como forma de convalidação de relações jurídicas que porventura tenham violado a Constituição Federal.

Tratou o caso de sentença reformada no Tribunal de Justiça de São Paulo que, por acórdão, compreendeu constitucional, pela via difusa, credenciamento realizado perante terceiros para que, sem licitação, prestassem o serviço de transporte coletivo, inclusive em região metropolitana, por intermédio de consórcio (ORCAS[2]). Buscava-se a declaração de inconstitucionalidade de 5 (cinco) cláusulas[3], com a consequente paralisação da prestação do transporte público consorciado, cuja ação cautelar na origem havia sido julgada procedente a fim de determinar-se a referida nulidade e a paralisação desse tipo de serviço público (e da reserva técnica consequente atrelada a permissão do uso de micro-ônibus com capacidade para 9 a 20 passageiras a ser implementada por operadores regionais de coletivos autônomos, autorizados a título precário, com cadastro válido por doze meses, em situações normais e emergenciais).

A pretensão deduzida neste recurso extraordinário girava em torno da concessão da modulação de efeitos ao referido caso, capitaneada por petição de Rafael dos Santos Oliveira, não acolhida pelo Supremo Tribunal Federal.

Para o Plenário, no voto da lavra do Ministro Marco Aurélio:

> É inadequado o pedido voltado à modulação dos efeitos do acórdão. A providência surge extravagante. Trata-se de instituto com o fim de atender situações excepcionalíssimas. Na apreciação do recurso, ficou assentado que, salvo em situações excepcionais, devidamente comprovadas, o implemento de transporte público coletivo pressupõe prévia licitação. Não cabe cogitar de atribuição de eficácia prospectiva – principalmente em processos de índole subjetiva – à

2. Operadores regionais coletivos autônomos, sigla derivada do contrato-padrão STM/EMTU nº 033/2006, sacado da inicial da Ação Declaratório que foi alvo da decisão proferida no RE nº 1.001.104-SP (Tema 854/RG-STF).
3. Cláusula 2.5.1.3.; Cláusula 5.27; Cláusula 6.36; Cláusula 6.37; Anexo X do Contrato-Padrão STM/EMTU-SP nº 033/2006.

> decisão do Tribunal, dando-se o dito pelo não dito, para salvar-se situação concreta conflitante, com a Lei Maior (STF, ED no RE 1.001.104-SP, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 23.02.2021).

O caso revela posicionamento do plenário, de forma vinculante, refutando-se a possibilidade de se promover modulação de efeitos prospectivos, em lides envolvendo transporte coletivo e o dever de licitar a prestação desses serviços públicos, como forma de convalidar relação jurídicas passadas.

O RE de fundo tratou da análise da incidência do art. 175 e do art. 37, XXI (regra de licitação), ambos da CF/88, aos casos de transporte público coletivo, avaliando-se a constitucionalidade das disposições legislativas da Lei nº 7.450, de 16 de julho de 1991 e do Decreto Estadual nº 24.675, de 30 de janeiro de 1986, que flexibilizavam essa regra ao permitir a prestação de serviços por permissão ou autorização, a título precário.

No julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 14.05.2020, confirmou seu pretérito posicionamento, na ADI 3521, quanto à necessidade de respeito à regra de licitação, inadmitindo-se as prorrogações realizadas com base no art. 42, §2º, da Lei de Concessões como constitucionalmente autorizadas. O fundamento basal é de que a interpretação dos princípios gerais de Direito Administrativo (CF/88, art. 37), sobressaem-se às flexibilizações legislativas, quiçá à segurança jurídica (MORAES, 2013, p. 865).

2. A DECISÃO PROFERIDA NO ARE 1.216.116-SC

O ARE 1.216.116-SC trata de recurso extraordinário, com agravo, proveniente do controle concentrado de constitucionalidade realizado no nível estadual, no âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que declarou a inconstitucionalidade do art. 9º e 10 da Lei Municipal nº 3.806, de 16 de outubro de 1998, de Joinville/SC, assim como do art. 15 da Lei Municipal nº 3.877, de 21 de dezembro de 1998, do mesmo Município, por afronta ao art. 175, *caput,* da CF/88.

O recurso do art. 1.042 do CPC/15 foi julgado monocraticamente em 12 de fevereiro de 2020, confirmando-se a inconstitucionalidade declarada no âmbito estadual, com a reconsideração pontual dos efeitos da decisão, modulando-os, a fim de dar-lhes eficácia *ex nunc,* a partir da data do trânsito em julgado da referida ação.

> Quanto ao mérito, não há reparos a fazer no entendimento aplicado, pois o Agravo Interno não apresentou quaisquer argumentos aptos a desconstituir o julgado agravado. Entretanto, no que tange ao pedido de modulação, a parte agravante demonstrou estarem presentes o risco à segurança jurídica e o excepcional interesse social. Vejamos: As normas declaradas inconstitucionais foram promulgadas em 1998. Desde então, as empresas concessionárias vêm prestando o serviço de transporte público nos moldes definidos em seus dispositivos. Sem embargo da natureza declaratória do juízo de inconstitucionalidade, até que o Poder Judiciário finalmente emitisse esse pronunciamento, estruturou-se com base nessas regras, ao longo de 20 anos, o serviço de transporte público do Município de Joinville, o mais populoso do Estado de Santa Catarina, com aproximadamente meio milhão de habitantes. Além disso, conforme consignado no acordão recorrido, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina já havia, em diversas oportunidades, afastado a eiva de inconstitucionalidade dos dispositivos legais questionados. [...] Dessa forma, é plausível admitir que as empresas concessionárias tinham ponderáveis razões para atuar segundo uma forte aparência de constitucionalidade das leis, mormente porque os contratos eram firmados e prorrogados com o Poder Público. Sobressai, ainda, o fato de que ditas empresas efetivamente prestaram os serviços de transporte público, servindo à

> população local. Assim, a presente declaração de inconstitucionalidade, com efeitos ex tunc, pode, além de colocar em risco a segurança jurídica, trazer prejuízos aos munícipes, pois eventual substituição das atuais concessionárias, por certo, não se fará de imediato, haja vista a necessária instauração de complexo procedimento licitatório. Diante dessas excepcionais circunstâncias, mostra-se prudente modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, conforme autorizado pelo art. 927, caput, e § 3º do CPC/15, que dispõe: "Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (…) § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.". Por todas essas razões, as peculiaridades do caso concreto impõem ponderação dos preceitos da Constituição envolvidos, quais sejam, a regra da licitação em face do interesse social e da segurança jurídica. Aferir os valores constitucionais contrapostos, e qual deles, em juízo de proporcionalidade, deve prevalecer é atribuição inerente a toda função de julgar [...] Por fim, cumpre registrar que a jurisprudência desta CORTE fixou-se no sentido de que a demonstração objetiva de risco à segurança jurídica ou de excepcional interesse social autoriza a atribuição de efeitos ex nunc à declaração de inconstitucionalidade (STF, ARE 1.216.116-SC, rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática de 12.02.2020, Peça 34).

O fundamento foi a necessidade de se declarar intangíveis determinadas relações jurídicas de direito público do passado, para garantir a segurança jurídica (STF, MS 26.603, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.12.2008).

> In casu, surge, inevitavelmente, o interesse em preservar a segurança jurídica, bem como o excepcional interesse social, mormente porque os serviços públicos de transporte já foram prestados pelas empresas, o que tornaria inócua a atribuição de efeitos ex tunc à decisão agravada (STF, ARE 1.216.116-SC, rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática de 12.02.2020, Peça 34).

Opostos declaratórios pela municipalidade sob a alegação da ausência de intimação do ente municipal, já que o recurso de agravo foi oriundo do Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros do Estado de Santa Catarina - SETPESC, sobreveio, quatorze dias depois, nova decisão da lavra do Ministro Alexandre de Moraes, afastando as omissões prefaladas.

O Ministério Público Estadual interpôs agravo interno, decidido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em 20 de abril de 2020, negando-se provimento à pretensão de declaração de ilegitimidade recursal da SETPESC, assim como reafirmando-se a possibilidade de modulação dos efeitos, na forma do art. 27 da Lei Federal nº 9.868/1999.

No pedido recursal do Ministério Público Estadual apontava-se duas falhas na decisão: a) não possuir quórum qualificado para modular efeitos (2/3 dos ministros), não podendo ser feita monocraticamente, motivo pelo qual a inconstitucionalidade não poderia ser diferida para frente (Lei Federal nº 9.868/1999) e, ainda, ausência de prévia intimação do acórdão antes da retratação.

Da decisão foram opostos embargos de declaração pelo *Parquet* Estadual, buscando o efeito infringente, alegando-se a impossibilidade de se modular efeitos para ações subjetivas já em curso, cujo desprovimento operou-se em 16 de junho de 2020, por decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.

Derradeiramente, o MPSC opôs embargos de divergência lastreado no RE 680.089/SE, monocraticamente não admitidos, decisão de 25 de agosto de 2020, cujo

agravo interno foi julgado em 20 de outubro de 2020, com a condenação do MPSC à multa por recurso manifestamente inadmissível, no valor de 1% da causa.

Houve trânsito em julgado em 24 de novembro de 2020.

Na decisão, portanto, o E. Supremo Tribunal Federal compreendeu possível a convalidação da inconstitucionalidade da prestação de serviços de transporte coletivo sem licitação, inclusive das relações jurídicas derivadas e dos seus reflexos financeiros, lastreado na "aparência de constitucionalidade das leis", no fato de se tratarem de serviços públicos prestados em favor da população local e na aplicação do princípio da segurança jurídica.

3. INTERAÇÕES ENTRE REPERCUSSÃO GERAL, RECURSOS REPETITIVOS E CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Apesar das dificuldades atinentes ao modelo *seriatim* (SILVA, 2021) de decisão, é fato que o julgamento do repetitivo tomado na sistemática da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal (Tema 854/RG) objetivou admitir, em casos excepcionais, a flexibilização da regra da licitação (CF/88, art. 37, XXI), desde que devidamente comprovados os fatos.

Precedentes são razões generalizáveis que podem ser identificar a partir de decisões judiciais (MARINONI; MITIDIERO, 2018. p. 36-38). Quando pensadas a partir do espectro do art. 927 do CPC/15 impõem o dever de seguimento, isso é, de aplicação cogente do percurso hermenêutico adotado pelo órgão superior que fixou e determinou a criação do referido precedente.

A *ratio decidendi* perpassa, portanto, dois pontos: a) a impossibilidade de se convalidar, por força da segurança jurídica, relações de direito público calcadas no afastamento das regras de licitação com base na perpetuação da prestação de serviços públicos, ainda que derivadas de situações jurídicas pretéritas à Constituição Federal de 1988 (caso da EMTU-SP); b) possibilidade de convalidação do afastamento da regra geral, apenas de forma casuística e pontual, desde que excepcionalmente justificada (e motivada) e, ainda, comprovada.

Se precedentes são pensados como filtros jurídicos à uniformização jurisprudencial (MIRANDA, 2021, p. 223-224), sua aplicação nos moldes como idealizados deve ser respeitada.

A incidência do repetitivo, cuja data de fixação (Maio/2020) por parte do Plenário do Supremo Tribunal Federal é anterior ao conhecimento e julgamento dos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina da decisão colegiada proferida no ARE 1.216.116-SC, que justamente objetivava aplicar esse entendimento consolidado no próprio Supremo, uniformizando-se a jurisprudência.

No julgamento colegiado do controle de constitucionalidade estadual, apreciado em sede de Recurso Extraordinário de apuração de normas de repetição obrigação, por parte do Supremo Tribunal Federal, havia típica dupla incidência de decisões (*standarts*) de observância obrigatória (precedentes obrigatórios) (MARIONI, 2019): uma delas derivada da própria Primeira Turma, órgão fracionário, ao se permitir flexibilizar a inconstitucionalidade de forma abstrata, lastreada em princípios gerais de direito, aplicada no curso de processo objetivo sem a observância do quórum mínimo da Lei Federal nº 9.868/1999; outra decisão de observância obrigatória proferida por órgão de maior hierarquia jurisdicional (Plenário), anterior ao julgamento definitivo da causa em análise

fracionária, determinando-se a contenção da flexibilização e a necessidade de justificação concreta e pontual.

Numa avaliação preliminar, poder-se-ia cogitar da incidência de possível antinomia de precedentes, partindo-se do pressuposto de que as teses jurídicas fixadas criam, de fato, efetivos enunciados normativos prescritivos, com idêntica carga normativa às legislações (STRECK, 2016). Nada obstante as severas críticas doutrinárias, a diferença de órgãos (fracionário e plenário), somada ao fato de se tratar de decisão submetido ao regime de repercussão geral e dos recursos repetitivos (CPC, art. 1.041 e seguintes) *versus* decisão em revisão de representação de inconstitucionalidade estadual, afastam a possibilidade de se compreender a existência de dupla incidência.

Com a devida deferência ao posicionamento diverso, defende-se a tese da inexistência de colisão de precedentes, havendo preferência da decisão fixada no Tema 854/RG-STF em detrimento da decisão proferida no ARE 1.216.116/SC.

Sendo assim, é possível sustentar a inaplicação de precedente obrigatório por parte da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, cuja incidência dá-se a partir da sua fixação. Fora isso, quando da apreciação do agravo interno em face da inadmissão dos embargos de divergência no ARE 1.216.116/SC, em outubro de 2020, por força da já definição da tese jurídica geral no Tema 854-RG, era viável seu conhecimento e conjugação, evitando-se a divergência pretoriana entre decisões do mesmo órgão julgador.

O tratamento outorgado ao mesmo caso fático, havendo similitude quanto ao objeto serviço público de transporte coletivo de pessoas, além de demonstrar a ausência de uniformização da posição jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal vem dando para casos semelhantes, demonstra também clara ruptura da integridade da jurisprudência do Pretório Excelso e da coerência da tese jurídica fixada. Afinal, o que significa “situações excepcionais devidamente comprovadas?”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção individualizada de posições cria verdadeiras zonas de penumbra ao conhecimento das efetivas *ratio decidendi* formadoras dos precedentes obrigatórios, fragmentando-se as posições jurisprudenciais aplicadas em casos semelhantes, ainda que pelos mesmos Tribunais.

O modelo *seriatim* tem se mostrado um percalço ao atingimento de uma verdadeira cultura de precedentes no Brasil.

A aceitação de uma cultura de precedentes, assim como em outro países, além da necessidade de internalização do respeito do percurso argumentativo, impõem também a encampação de um neoconstitucionalismo processual (MARTIN, 2018).

A avaliação pontual dos julgamentos realizados sobre a mesma temática e da abertura para a modulação de efeitos, de origem consequencialista no caso catarinense, comparativamente à restrição da convalidação dos efeitos no caso paulista, demonstra uma negativa da uniformização jurisprudencial, sobretudo da coerência da aplicação do art. 927 do CPC/15.

A ausência de uma hierarquia entre precedentes, tomando-se em conta o fato de que o escalonamento dos incisos do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 não representa uma preferência ou uma definição da força normativa (superposição) de determinadas decisões com força de obrigatoriedade sobre as demais sugere a

necessidade de se fazer incidir teses fixadas em recursos repetitivos e em repercussão geral também em casos de controle concentrado.

A avaliação dos julgamentos também revelou que, ao menos no caso concreto oriundo de Santa Catarina, a fundamentação da modulação dos efeitos em princípios gerais de direito não teria respeitado o conteúdo da tese jurídica fixada no Tema 854/RG-STF, demonstrando a ruptura de precedentes obrigatórios pelo próprio Supremo Tribunal Federal, evidente reflexo da incoerência interna da tomada de *ratio decidendi* de decisões paradigmas (*standards*).

REFERÊNCIAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.001.104-SP.** rel. Min. Marco Aurélio. Plenário. Brasília/DF. Data de Julgamento: 14 de maio de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.216.116-SC.** rel. Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma. Brasília/DF. Data de Julgamento: 16 de junho de 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 926 ao 975. v. XV. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____ **Precedentes Obrigatórios**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

MARTÍN, Nuria Belloso. Del precedente judicial a los precedentes obligatorios: ¿ventaja o amenaza para los tribunales inferiores? **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**. a. 12, v. 19, n. 3, set./dez. 2018. pp. 591-626.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Novíssimo Sistema Recursal Conforme o CPC/2015.** 3. ed. rev. ampl. e atualizada. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** 9. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. **Suprema - Revista de Estudos Constitucionais.** Brasília. v. 1, n. 1, jan./jun. 2021, p. 22-56.

INEXECUÇÃO CONTRATUAL DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA

Fernando Garcia[1]

Resumo: O artigo tratará de forma breve da discussão da possibilidade de inexecução contratual em razão da Pandemia da COVID-19, no Brasil, dando ênfase aos contratos civis e comerciais, em especial, ao contrato de locação residencial e não-residencial previstos na Lei Federal 8.245/91. Explanará formas de equacionar o problema financeiro que surgirá entre a figura do locador e locatário, após o advento da pandemia e quais as soluções possíveis, sem adentrar na esfera do Direito do Consumidor ou dos contratos de franquias. Identificará como a doutrina e jurisprudência já enfrentaram o tema da onerosidade excessiva, nos contratos de locação e qual a forma de solucioná-la no presente. Exporá a celeuma existente entre o artigo 19, da Lei Federal 8.245/91 e os artigos 478, 479 e 480 do Código Civil Brasileiro, com as argumentações favoráveis e desfavoráveis sobre a possibilidade da utilização da Teoria da Imprevisão e de sua aplicação nos contratos de locação residenciais e não residenciais.

Palavras-chave: Inexecução contratual. Coronavírus. Teoria da Imprevisão. Onerosidade Excessiva.

Abstract: The article will briefly address the discussion of the possibility of breach of contract due to the COVID-19 Pandemic in Brazil, emphasizing civil and commercial contracts, in particular, the residential and non-residential lease agreement provided for in the Law. Federal 8.245/91. It will explain ways to solve the financial problem that will arise between the figure of the lessor and the lessee, after the advent of the pandemic and what are the possible solutions, without entering the sphere of Consumer Law or franchise agreements. It will identify how the doctrine and jurisprudence have already faced the issue of excessive onerosity in lease contracts and how to solve it at present. It will expose the existing controversy between article 19, of Federal Law 8.245/91 and articles 478, 479 and 480 of the Brazilian Civil Code, with favorable and unfavorable arguments about the possibility of using the Theory of Unforeseen and its application in contracts of residential and non-residential leases.

Keywords: Breach of contract. Coronavirus. Theory of Prediction. Excessive Onerosity.

INTRODUÇÃO

Em virtude da pandemia do coronavírus os comerciantes tiveram de fechar suas portas por imposição legal relativa às medidas sanitárias implantadas pelos estados e municípios em todas as regiões do País.

Os trabalhadores autônomos tiveram de permanecer em suas residências sem poder trabalhar e auferir qualquer tipo de rendimento. Os lucros das empresas se converteram em prejuízos e demissões em massa num primeiro momento.

Na tentativa de retomada das atividades, foi instituído o regime de teletrabalho ou *home office*, salvaguardando alguns empregos.

Nesse contexto, inúmeras empresas fecharam suas portas e foi experimentado um amargo retrocesso industrial e comercial, culminando em desemprego, inadimplência em patamares elevados e dificuldades econômicas para as empresas em todo o país.

Os maiores prejudicados foram aqueles que dependiam do grande fluxo de pessoas tais como os ramos de alimentação e diversão. Sem o cliente e o consumo, os lucros foram diminuindo e transformaram-se em prejuízos.

No cenário atual, marcado pela pandemia do coronavírus, emerge a discussão sobre a possibilidade de inexecução ou descumprimento contratual.

1. Advogado especializado em Direito Empresarial, pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP, e-mail garciafmgarcia@ibest.com.br.

O presente artigo irá se deter especificamente aos contratos de locação não-residencial e residencial, pois a maioria dos embates jurídicos serão tratados nestas relações que fomentam o mercado e servem para a diminuição do grande déficit habitacional do país.

Historicamente, já foram vivenciadas outras pandemias, por exemplo, a do vírus H1N1, mas, que à época não desferiu um golpe tão forte aos empresários e autônomos, num verdadeiro efeito “cascata”, como agora. O coronavírus levou ao fechamento de estabelecimentos comerciais, tornando muitos comerciantes inadimplentes em seus contratos de locação.

Os locadores de imóveis comerciais que durante a pandemia do coronavírus dependiam exclusivamente do recebimento do aluguel, figuraram também como inadimplentes em suas obrigações com seus fornecedores de matéria-prima.

Neste contexto, o objetivo deste artigo é buscar soluções tangíveis e práticas para o problema da inadimplência dos locatários, ocasionado pela pandemia e a possibilidade de aplicação da Teoria da Onerosidade Excessiva e da Teoria da Imprevisão, notadamente, no contrato de locação não-residencial e residencial.

Foi utilizado o método científico Dedutivo, *que “corresponde à atividade mental que parte de um suposto racional - a regra ou princípio geral - e, seguindo o critério de coerência, extrai consequências, princípios específicos”* (NADER,1991).

Além disso, serão abordados os precedentes e a posição jurisprudencial dominante, assim como a legislação e doutrina pertinente ao tema.

1. HISTÓRICO DA TEORIA DA IMPREVISÃO E DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

É impossível tratar da onerosidade excessiva sem fazer menção à evolução das teorias revisionais.

Conforme LUIS EFING (1999, p. 71), já se discutia sobre a imprevisão tanto no Direito Romano, como no Direito Canônico, respectivamente, por Cícero, Sêneca, Santo Agostinho, São Tomás de Aquino, etc.

A primeira tentativa de introdução e adoção da Teoria da Imprevisão, surgiu com Bártolo e seus seguidores (EFING, 1999, p. 75).

No Direito Comparado, verifica-se que alguns ordenamentos jurídicos não possuem normas jurídicas ou preceitos legais específicos sobre a possibilidade de modificação, revisão ou resolução contratual (EFING, 1999, p.75). Assim, muitos sistemas jurídicos não estipulam qualquer tipo de previsão legal sobre a onerosidade excessiva.

Segundo EFING (1999, p. 73), na Espanha o preceito sobre a revisão contratual é encontrado em leis esparsas como, por exemplo, na Lei 493 da Compilação de Direito Civil de Navarra. O Código Civil Espanhol, por sua vez, não traz nenhuma disposição a respeito da matéria.

Por sua vez, a França, em virtude de situações excepcionais advindas do período de guerra e pós-guerra, editou a Lei de 21/01/1918 que estabeleceu a faculdade de as partes resolverem as obrigações que venham a surtir efeitos muito gravosos (EFING, 1999, p.76).

Já no Direito Suíço, o Código das obrigações, embora não preveja a teoria da revisão dos contratos civis, traz a necessidade de uma interpretação analógica do texto legal para a caracterização das teorias modificativas, como no Direito Francês, antes comentado. No Direito Francês, uma lei promulgada em 21/01/1918 estabeleceu que as partes podem resolver as obrigações que venham a surtir efeitos muito gravosos.

Portanto, não se trata de uma questão de interpretação analógica, como foi explicado sobre o Direito Suíço.

Para EFING (1999, p. 77), no Direito Austríaco, o artigo 147 do Código Austríaco *(ABGB- Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch),* autoriza o devedor a se liberar da obrigação quando o objeto determinado pelo contrato perecer, ou quando a prestação se tornar impossível por causa não imputável ao devedor, bem como o artigo 936 do mesmo código prevê que o pré-contrato só é obrigatório quando as circunstâncias não tenham sido modificadas de forma que, em virtude disso, a finalidade do contrato se frustrou. Nesses casos, a jurisprudência Austríaca tem se manifestado favoravelmente à aplicação da cláusula *rebus sic stantibus.*

Em 1943, foi publicada na Inglaterra, o Law Reform Act (Frustrated Contracts) que trata dos contratos frustrados. Dispõe, ainda, que as quantias pagas ou pagáveis a uma das partes em cumprimento de prestação contratual podem ser revistas por quem as pagou e, segundo a jurisprudência inglesa, a possibilidade de frustração, ou do fato justificador, mesmo tendo sido excluída ou ajustada pelas partes, não impede a modificação ou revisão contratual (EFING, p. 78).

EFING (1999, p. 79), “apud” Jose Manuel Fernandez Hierro (1992, p. 44), relata que para a aplicação da Teoria da Frustração contratual, que possibilita a revisão do contrato, é necessário a coexistência dos seguintes requisitos traçados pela jurisprudência inglesa:

> a) Há que se distinguir, dos efeitos da aplicação da teoria da frustração, objeto e motivo;
> b) A intervenção governamental, fazendo impossível a continuidade da atividade objeto do contrato, libera a parte que teria que efetuar a prestação;
> c) Igualmente, libera a pessoa a incapacidade sobrevinda nos casos de contratos de serviços pessoais;
> d) A doutrina da frustração mais pode ser aplicada em favor de quem tenha provocado os acontecimentos que fundamentam o pedido revisional;
> e) Outra particularidade do direito inglês é que, ao contrário do que ocorre em outros ordenamentos, a teoria da frustração não parece aplicável, ou ao menos é profundamente discutida sua possível aplicação, aos contratos imobiliários (Grifo nosso).

Já o Código Italiano de 1942 contém previsões específicas sobre a resolução do contrato e a onerosidade excessiva (EFING, 1999, p. 79). Em Portugal, há também, previsão legal específica nos artigos 437, 438 e 790 do Código Civil Português (EFING, 1999, p. 80).

Por fim, no Brasil, a jurisprudência claudicava sobre a aceitação da Teoria da Imprevisão. Somente no campo do Direito Administrativo havia a possibilidade de revisão das condições contratuais para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro durante o cumprimento do contrato. Houve aplicação da Teoria da Imprevisão quando, após o implemento do Plano Real, houve a primeira grande supervalorização do Dólar. Ela também foi usada quando Fernando Collor de Mello fez o confisco das poupanças.

Segundo Miranda Leão (1999, p. 58), o Código Civil Brasileiro anterior, no campo das obrigações, estabelecia como regra básica a obrigatoriedade irrestrita do seu cumprimento, sob pena de responder o devedor inadimplente pelas perdas e danos (artigo 1.056), excluídos tão somente em face do caso fortuito ou força maior (artigo 1.058), definidos como algo impossível de evitar, ou impedir (art. 1058, parágrafo único).

Atualmente, os artigos 478, 479 e 480 do Código Civil Brasileiro estampam a possibilidade de revisão contratual pela onerosidade excessiva nos contratos, conforme se abordará a seguir.

2. A ONEROSIDADE EXCESSIVA E TEORIA DA IMPREVISÃO NA LEGISLAÇÃO E DOUTRINA

É possível observar em notícias veiculadas na mídia televisiva que locatários estão pleiteando a suspensão dos pagamentos dos aluguéis ou o parcelamento dos valores inerentes a este período.

Diante disso se questiona: como equacionar tais situações com equidade e equilíbrio, haja vista que nenhuma das partes do contrato quis o seu descumprimento?

Existem diversos tipos de contratos civis e comerciais que poderão se sujeitar às implicações desse tempo de reclusão social forçada, tais como, locação de imóveis, compra e venda, franquias, arrendamento mercantil, etc. Entretanto, trataremos especificamente do contrato de locações.

Neste sentido, a Lei Federal 8.245/91 estatuiu em seu artigo 9º:

> Artigo 9º. A locação também poderá ser desfeita:
> I- Por mútuo acordo;
> II- Em decorrência da prática de infração legal ou contratual;
> III- Em decorrência da falta de pagamento do aluguel e demais encargos;
> IV- Para a realização de reparações urgentes determinadas pelo Poder Público, que não possam ser normalmente executadas com a permanência do locatário no imóvel, ou, podendo, ele se recuse a consenti-las.

No inciso III do artigo em comento, o legislador aponta como motivo de rescisão a falta de pagamento de aluguel e dos encargos, que a rigor está também contido no inciso anterior, que trata da prática de infração legal.

Por sua vez, o inciso I, do artigo 23 da Lei 8.215/91 estipula a obrigação legal do locatário em pagar com pontualidade o aluguel e seus encargos:

> Art. 23. O locatário é obrigado a:
> I- Pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação, legal ou contratualmente exigíveis, no prazo estipulado, ou, em sua falta, até o sexto dia útil do mês seguinte ao vencido, no imóvel locado, quando outro não tiver sido indicado no contrato.

Todavia, no período da pandemia da COVID-19, os locatários deveriam se submeter às determinações de cada estado da federação, no que tange ao isolamento social e fechamento de seus comércios por meio de decretos estaduais, o que indubitavelmente fez com que seus lucros fossem severamente reduzidos.

Tais Decretos Estaduais certamente trarão à baila a discussão das questões previstas nos artigos 478, 479 e 480 do Código Civil Brasileiro de 2002, respectivamente, sobre a resolução dos contratos de execução continuada em caso de onerosidade excessiva da prestação; sobre a possibilidade de se evitar a resolução caso as partes concordem em modificar equanimemente as condições do contrato e, por fim, a possibilidade de alteração da prestação, por solicitação do devedor.

Sobre isso, estipulam os artigos 478, 479 e 480, do Código Civil:

> Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. (Código Civil 2002).
> Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato. (Código Civil 2002).
> Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva. (Código Civil 2002).

A regra geral válida para os contratos é que estes devem ser cumpridos nos termos das cláusulas pactuadas, ou seja, deve ser observado o princípio *"pacta sunt servanda"*[2]. Entretanto, conforme EFING (1999, p. 84), "apud" BRITO FILOMENO, a Teoria da Imprevisão, traz ínsita a *"cláusula rebus sic stantibus*[3]*",* no sentido de que os contratantes se obrigam a cumprir a avença ou obrigação, em que subsistam até o fim as condições econômicas das partes.

Assim, funda-se o princípio da onerosidade excessiva na execução do contrato, possibilitando uma revisão em suas cláusulas, notadamente as que se refiram a matéria econômica, em virtude do desequilíbrio contratual (EFING, p. 82).

A onerosidade excessiva deve ter origem em evento extraordinário e imprevisível que venha a dificultar de forma extrema o adimplemento da obrigação por uma das partes (EFING, 1999, p 82).

Ela ocorre quando o contrato se torna excessivamente oneroso para um dos contraentes, de forma a tornar impossível a sua execução pelo prejudicado. Exemplificativamente, há possibilidade de revisão na obrigação de alimentos; de preços pelo empreiteiro contratado para realizar uma determinada obra, com relação ao custo do material.

Dispõe o artigo 317 do Código Civil Brasileiro de 2002, inserido no Título III (Do adimplemento e extinção das obrigações), Capítulo I (Do pagamento), Seção III (Do objeto do pagamento e sua prova):

> Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Traz o dispositivo acima, ínsita, a Teoria da Imprevisão e autoriza ao juiz proporcionar a redução do valor da obrigação fixada no contrato, caso se configure manifestamente desproporcional no momento de sua execução.

No entanto, salutar a advertência de Miranda Leão (1999, p. 62), de que o juiz deve ter o cuidado especial em evitar ser "enganado", ou seja, julgar suposta crise jurídica, quando na verdade o devedor em falta procura mascarar apenas para valer-se de uma ética duvidosa, moratória decorrente de natural delonga dos processos judiciais.

Deve ser mencionado, ainda, que devedores contumazes podem utilizar ardilosamente a Teoria da Imprevisão para reavaliar as cláusulas contratuais, na tentativa de redução escusa dos valores de seu aluguel.

2. Os pactos devem ser cumpridos.
3. Enquanto a coisa está de pé. De Plácido e Silva, p. 441.

Ao tratar dos contratos públicos, Hely Lopes Meirelles (1990, p. 222), já tratava o fato do príncipe como toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral, imprevista e imprevisível, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo.

Já Oliveira e Silva (2001, p. 350) mencionam a definição do fato do príncipe de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Agravos econômicos resultantes de medidas tomadas sob titulação jurídica diversa da contratual, isto é, no exercício de outra competência, cujo desempenho vem a ter repercussão direta na economia contratual estabelecida na avença". Note que tal expressão é normalmente utilizada quando se trata de contratação entre a Administração Pública e o particular.

Para Maria Helena Diniz (1986, p. 128), na doutrina ainda anterior à previsão do Código Civil de 2002, eram elencados como requisitos para legitimar a utilização da teoria da onerosidade excessiva:

> O órgão judicante deverá, para lhe dar ganho de causa, apurar rigorosamente a ocorrência dos seguintes requisitos:
> a) vigência de um contrato comutativo de execução continuada;
> b) Alteração radical das condições econômicas no momento da execução do contrato, em confronto, com as do instante de sua formação;
> c) onerosidade excessiva para um dos contraentes e benefícios exagerados para o outro;
> d) imprevisibilidade e extraordinariedade daquela modificação, pois é necessário que as partes, quando o celebram o contrato, não possam ter previsto esse evento anormal, isto é, que está fora do curso habitual das coisas.

Ainda, ao tratar da revisão dos contratos referida doutrina, já mencionava que a construção desse instituto jurídico embora não ter sido caracterizado pelo ordenamento jurídico, também denominado *Teoria da Imprevisão ou Rebus sic Stantibus,* foi criada pela Jurisprudência, conforme julgado do STF de 1.946 no sentido de que: *"A Teoria da Imprevisão é compatível com os princípios reguladores da fé nos contratos no Brasil, e que em casos excepcionais, de anormalidade, a regra do artigo 1.246 citado, do Código Civil, deve ser afastada."*

Ao tratarem ainda do assunto complementam Fida e Cardoso (1987, p. 23):

> Os princípios da Revisão dos Contratos, recalcitrados nos ditames do direito Romano, veio à tona após a deflagração da Primeira Guerra Mundial (1914/18), alterando e provocando mudanças substanciais na ordem econômica e social em toda a estrutura política da velha Europa. Foi justamente nessa época que o Código Civil foi aprovado.

Da análise dos artigos 478, 479 e 480 do Código Civil de 2.002, verificamos que houve a positivação dos mesmos requisitos já propalados pela doutrina anteriormente: a) Existência de contrato de trato continuado ou diferido, b) Onerosidade excessiva, c) fatos extraordinários ou imprevisíveis e d) Imprevisibilidade.

No entanto, o artigo 19 da Lei de Locação número 8.245/91 prevê a possibilidade de revisão judicial do valor do aluguel, a fim de ajustá-lo a preço de mercado. Bertoldi e Ribeiro (2020, p. 1) defendem a especialidade da Lei 8.245/91:

> A Lei do Inquilinato possibilita que, ordinariamente, tanto locador quanto locatário pleiteiem a revisão do valor do aluguel, desde que ultrapassados ao menos 3 anos de contrato e sempre que se verifique que tal valor não condiz mais com aquele

> praticado pelo mercado. Como é previsível que nesse período de tempo possa haver alterações nos valores locatícios é que o legislador previu essa possibilidade. Essa regra é absolutamente essencial para que as relações locatícias se desenvolvam com estabilidade e previsibilidade. (BERTOLDI E RIBEIRO, 2020).

Ao continuar sua análise sobre o tema, Bertoldi e Ribeiro (2020, p. 1), enfatizam que, inexiste na Lei de locação disposição legal sobre a revisão diante de fatos inesperados e que acarretem a desproporcionalidade abrupta a uma das partes no tocante à obrigação contratual assumida, como na hipótese da pandemia do coronavírus.

Finalmente, os referidos autores defendem a prevalência da Teoria da Imprevisão e da Onerosidade Excessiva, como ocorre nos contratos em geral, na hipótese de fato imprevisto ou surpreendente e que ocasione o descumprimento do contrato ou gere a um dos contratantes um revés desproporcional:

> Não obstante, deve prevalecer a exceção da teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva, aplicável aos contratos em geral, que se dá justamente naqueles casos em que se verifica a ocorrência de algo inusitado, completamente surpreendente e que, por conta disso, faz com que o cumprimento do contrato acabe por não ser possível ou então gere a uma das partes um sacrifício desproporcional. (BERTOLDI E RIBEIRO, 2020).

Logo, verifica-se que o artigo 19, da Lei 8.215/91, menciona ser necessário o transcurso de três anos para a viabilidade da propositura de ação revisional de aluguel, enquanto o Código Civil não exige tal requisito.

A controvérsia quanto à aplicabilidade da Teoria da Imprevisão, da Lei Geral (Código Civil de 2002), prevalecendo sobre a Lei Especial (Lei 8.245, Lei de Locações) é tratada por Schereiber (2018, p. 2):

> Essa diversidade de tratamento gera acirrada controvérsia acerca da aplicabilidade do remédio geral ao campo das locações de imóveis urbanos. Parte da doutrina e jurisprudência flexibiliza esse prazo, admitindo a propositura de ação revisional antes do lapso trienal, ora com base na grave disparidade de aluguel em relação a preços de mercado, ora com base em acontecimentos imprevisíveis.
> Outra parcela dos Tribunais, contudo, rejeita tal entendimento valendo-se do critério da especialidade para sustentar a necessidade imperativa do transcurso de três anos.

Logo, entende-se que, embora não seja um requisito expresso do artigo 478 do Código Civil Brasileiro de 2002, para a configuração da Teoria da Imprevisão, o julgador ao analisar o caso, deverá aurir dos autos se as partes atendem os preceitos da boa-fé, que é um dos vetores de interpretação das obrigações.

Tal princípio, encontra-se hoje estipulado pelo artigo 422 e 113, do Código Civil Brasileiro de 2002:

> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.
> [...]
> Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração.

Trata-se da boa-fé objetiva, ou seja, do comportamento ético do homem médio. É o vetor da eticidade. Outro vetor de interpretação é o da intencionalidade, do qual também

deverá se valer o juiz e é previsto no artigo 112, do Código Civil Brasileiro de 2002, que determina:

> Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que no sentido literal da linguagem.

Virgílio Neto *apud* Gonçalves (2017), pode se definir o princípio da boa-fé como:

> O princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato. Guarda relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. Recomenda ao juiz que presuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrário, ser provada por quem a alega. Deve este, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, dar por pressuposta a boa-fé objetiva, que impõe ao contratante um padrão de conduta, de agir com retidão, ou seja, com probidade, honestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar. (GONÇALVES, 2017. p 63).

Já Faria (2020, p. 1) se manifesta no sentido de que:

> Recomenda-se ao juiz que *presuma* a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrária, ser provada e alegada. Deve este, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, dar por pressuposta a boa-fé objetiva, que impõe ao contratante um padrão de conduta, de agir com retidão, ou seja, com probidade, honestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar.

A boa-fé objetiva foi consagrada expressamente, também no processo civil, no artigo 5º do Código de Processo Civil, de forma que as partes devem se portar com lealdade e boa-fé processual.

Caso assim não procedam, estarão sujeitos às penalidades ou sanções correspondentes também previstas no Código de Processo Civil.

3. ONEROSIDADE EXCESSIVA E TEORIA DA IMPREVISÃO NA JURISPRUDÊNCIA

Em tempos anteriores, na pandemia do H1N1, houve discussão judicial sobre o assunto. Em diversos julgados, foi possível observar que as empresas, que atuavam como locatárias, puderam apresentar nos processos judiciais os livros contábeis e balancetes para fins de comprovar a diminuição de seus lucros em função da medida estatal de fechamento de indústrias e comércios. Entretanto, repousará nos contratos de locação de pessoas físicas que laboraram com serviços autônomos a maior dificuldade de comprovação judicial do locatário de que houve diminuição de sua renda no período de pandemia. O contexto pode ser ilustrado por meio do seguinte julgado.

> APELAÇÃO CÍVEL. DESPEJO. COBRANÇA. ALUGUÉIS. LOCAÇÃO. LOJA. SHOPPING CENTER. INÉPCIA DA INICIAL. PLANILHA DE DÉBITOS. A apresentação de memória de cálculo, ainda que sucinta, atende ao disposto no art. 8.245/91. SENTENÇA EXTRA PETITA. Não há que se falar em nulidade, constatando-se que a sentença julgou a demanda nos limites dos pedidos formulados na exordial. RESPONSABILIDADE. TEORIA DA IMPREVISÃO. Não verificado acontecimento extraordinário que possa ensejar a ruptura do contrato e

> o inadimplemento dos encargos locatícios, não se pode falar na aplicação da Teoria da Imprevisão. MULTA CONTRATUAL. É obrigação dos locatários pagarem o aluguel mensal e os encargos locatícios com acréscimo de multa moratória prevista em contrato. RESPONSABILIDADE DO FIADOR. Havendo previsão contratual, tal como no presente caso, responde o fiador solidariamente com o locatário inadimplente. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. Consoante disposto no art. 397 do Código Civil, tanto os juros moratórios quanto a correção monetária incidem desde o momento do inadimplemento da obrigação. RECURSO DESPROVIDO. (TJPR - 11ª C. Cível - AC - 1092777-2 - Cascavel - Rel.: DESEMBARGADORA VILMA RÉGIA RAMOS DE REZENDE - Unânime - J. 22.04.2015)

Da análise do julgado acima, o julgador não considerou a pandemia de gripe H1N1, como um acontecimento extraordinário que permitisse a aplicação da Teoria da Imprevisão. Assim, a crise econômica oriunda da gripe suína não foi tida como um fator prejudicial importante para o comércio local.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou a respeito do tema:

> RECURSO ESPECIAL - AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUEL AJUIZADA PELA SOCIEDADE EMPRESÁRIA LOCATÁRIA, POSTULANDO A REDUÇÃO DO VALOR CONTRATADO ORIGINALMENTE, SEM QUALQUER MENÇÃO À OCORRÊNCIA DE ALTERAÇÃO DAS BASES ECONÔMICAS ORIGINÁRIAS - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. INSURGÊNCIA DA LOCADORA.
> Ação revisional de aluguel de terreno urbano (situado em Itajaí - SC, com área de 5.694 metros quadrados, destinado à instalação de posto de abastecimento de veículos e loja de conveniência) intentada pela locatária, com o objetivo de adequar o valor contratado (R$ 12.000,00 com correção anual pelo IGP-M) ao preço de mercado.
> Sentença de procedência, confirmada pelo Tribunal de origem, em que se reduziu o valor do aluguel para R$ 6.247,78 (seis mil, duzentos e quarenta e sete reais e setenta e oito centavos) a partir da propositura da demanda.
> 1. Violação do artigo 535 do CPC não configurada. Acórdão estadual que enfrentou todos os aspectos essenciais à resolução da controvérsia, revelando-se desnecessário ao magistrado rebater cada um dos argumentos declinados pela parte.
> 2. Descabimento da ação revisional de aluguel prevista no artigo 19 da Lei 8.245/91. A intervenção do Poder Judiciário na relação locatícia, à luz da teoria da imprevisão, exige a demonstração da alteração das bases econômicas iniciais do contrato, de modo a não se prestar ao mero propósito de redução do valor locativo, livremente ajustado ao tempo da celebração, solapando os alicerces do pactuado, pois significaria ingerência indevida na autonomia das partes que, ao considerarem as circunstâncias vigentes à época da realização do negócio - as quais permaneceram inalteradas - elegeram o valor do aluguel e seu fator de atualização, notadamente quando a locatária, na inicial, não faz alusão a qualquer aumento excessivo e imprevisto do aluguel em virtude da correção monetária, aplicada conforme o indexador estabelecido no contrato, e não vislumbrada sua vulnerabilidade.
> Hipótese em que sobressai o propósito meramente econômico da locatária de obter a redução do valor locativo originariamente pactuado para R$ 3.000,00 (três mil reais), sem qualquer respaldo em imprevista mudança da base negocial, o que refogue da finalidade da ação de revisão do aluguel prevista no artigo 19 da Lei 8.245/91, traduzindo evidente ausência de interesse processual da parte, na modalidade de inadequação da via eleita.
> Ainda que assim não fosse, é certo que o manejo de demanda judicial, buscando alterar elemento essencial do contrato, sem qualquer justificativa plausível (à luz

> da teoria da imprevisão), a não ser a vontade de reduzir os custos decorrentes do desenvolvimento de atividade comercial altamente rentável, constitui vedado comportamento contraditório (Nemo potes venere contra fartum próprio) por parte da locatária, revelando flagrante inobservância da cláusula geral da boa-fé objetiva.
> 3. Recurso especial da locadora provido, para julgar improcedente a pretensão deduzida na inicial, invertidos os ônus sucumbenciais.
> ACÓRDÃO DO STJ, (Resp. 1300831/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 30/04/2014).

Percebe-se no julgado do Superior Tribunal de Justiça que este entendeu incabível o pleito, pois detectada a má-fé do recorrente, na pretensão exclusiva de redução do aluguel, sem respaldo em imprevista alteração das bases econômicas do negócio jurídico entabulado.

Há também julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina sobre a matéria:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO E AGRAVO INTERNO. AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUEL. LOCAÇÃO COMERCIAL. INTERLOCUTÓRIO QUE DEFERIU EM PARTE A TUTELA DE URGÊNCIA REQUERIDA PARA REDUZIR O VALOR DO ALUGUEL. INSURGÊNCIA DA PARTE RÉ. ALEGADA INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO. INSUBSISTÊNCIA. LOCAÇÃO EM SHOPPING CENTER. EVIDENTE REDUÇÃO NO FATURAMENTO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL (RESTAURANTE) EM RAZÃO DOS EFEITOS DA PANDEMIA DE COVID-19. CIRCUNSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. CARÁTER EXCEPCIONAL DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NA RELAÇÃO NEGOCIAL. RATEIO DOS PREJUÍZOS ENTRE AS PARTES ADEQUADAMENTE PROCEDIDO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO. INDEFERIMENTO DE TUTELA DE URGÊNCIA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. JULGAMENTO DO MÉRITO DO INCONFORMISMO. SUPERVENIENTE PERDA DE OBJETO. AGRAVO INTERNO NÃO CONHECIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. (TJ-SC - AI: 50250231920208240000 Tribunal de Justiça de Santa Catarina 5025023-19.2020.8.24.0000, Relator: André Luiz Dacol, Data de Julgamento: 08/06/2021, Sexta Câmara de Direito Civil)
>
> AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUEL. RECLAMADA TUTELA DE URGÊNCIA A FIM DE REDUZIR O VALOR DA LOCAÇÃO EM RAZÃO DA PANDEMIA DE COVID-19. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE PROVA DA IMPOSSIBILIDADE DE ARCAR COM A QUANTIA, RECENTEMENTE ARBITRADA EM DEMANDA RENOVATÓRIA. LOCADORA QUE É PESSOA IDOSA, DECLAROU DEPENDER DA VERBA PARA O SEU SUSTENTO E JÁ DEMONSTROU VONTADE DE DISPOR DO BEM DE OUTRA FORMA. INDEFERIMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA IRRETOCÁVEL. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SC - AI: 50355494520208240000 Tribunal de Justiça de Santa Catarina 5035549-45.2020.8.24.0000, Relator: Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Data de Julgamento: 20/04/2021, Terceira Câmara de Direito Civil).

No primeiro julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina destaca-se que a prova da redução do valor do faturamento do locatário é fator preponderante para a aplicação da Teoria da Imprevisão. Além disso, no segundo precedente exposto acima, destaca-se a ausência da prova da impossibilidade de pagar os aluguéis definidos em ação renovatória. Isso ocasionou o indeferimento do pleito de tutela de urgência para reduzir o valor do aluguel.

Por fim, colacionam-se, abaixo, precedentes do Tribunal de Justiça de São Paulo:

LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL. ACADEMIA DE ESPORTES. AÇÃO DE REVISÃO DE VALORES LOCATÍCIOS EM RAZÃO DO ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA. PLEITO DE INEXIGIBILIDADE DO PAGAMENTO DO ALUGUEL A PARTIR DA ORDEM DE INTERRUPÇÃO DAS ATIVIDADES ATÉ ENQUANTO DURAR A SUSPENSÃO OU REDUÇÃO DO ALUGUEL. NOTÓRIA AFETAÇÃO DAS CONDIÇÕES FINANCEIRAS DA AUTORA, COMO CONSEQUÊNCIA DAS MEDIDAS RESTRITIVAS IMPOSTAS PELAS AUTORIDADES SANITÁRIAS, COM VISTAS AO ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DE COVID-19. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS AUTORIZADORES DA MEDIDA DE URGÊNCIA. NECESSIDADE, PORÉM, DE ASSEGURAR MELHOR EQUILÍBRIO NO RELACIONAMENTO DAS PARTES. RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1. Houve o reconhecimento do estado de calamidade pública e é notório que, em razão da adoção de medidas restritivas de emergência, voltadas ao enfrentamento da pandemia da covid-19, em especial o isolamento social, geraram graves consequências às empresas, o que propiciou sérias dificuldades para o seu funcionamento. 2. É inegável que o fato provocou o desequilíbrio no relacionamento das partes, tornando necessária a revisão, e essa providência não pode tardar, de modo que se faz necessária a pronta atuação jurisdicional, para assegurar resultado efetivo. 3. Assim, estando presentes os requisitos legais, impõe-se reduzir o valor locativo em 40% do valor fixado no contrato, como forma de restabelecer o equilíbrio no relacionamento das partes. (TJSP; Agravo de Instrumento 2140223-71.2020.8.26.0000; Relator (a): Antônio Rigolin; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I. - Santana - 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/07/2020; Data de Registro: 06/07/2020).

[...]

CIVIL. LOCAÇÃO RESIDENCIAL. PRETENSÃO DE REVISÃO CONTRATUAL PARA REDUÇÃO DO ALUGUEL EM RAZÃO DA PANDEMIA DA COVID-19. INADMISSIBILIDADE. PERDA DE FONTE DE RENDA PELO LOCATÁRIO EM FUNÇÃO DAS RESTRIÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA QUE NÃO ENSEJA A APLICAÇÃO DOS ARTS. 317 E 478 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE DESPROPORÇÃO ENTRE O VALOR DA PRESTAÇÃO DEVIDA PELO LOCATÁRIO E O DO MOMENTO DA SUA EXECUÇÃO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER VANTAGEM AO LOCADOR. ONEROSIDADE EXCESSIVA INEXISTENTE. INAPLICÁVEL A TEORIA DA IMPREVISÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1. A situação vivenciada pelas sociedades em todo o mundo, em razão da pandemia da Covid-19, não cuida de força maior ou caso fortuito, pois o fundamento do pedido do ora apelante no bojo da presente ação de revisão de contrato de aluguel não é a disseminação do novo Coronavírus, mas sim o conjunto de decisões político administrativas de governantes, que, em maior ou menor extensão, adotaram medidas 58 restritivas das atividades econômicas. Tanto é que, nas últimas pandemias enfrentadas pelo país, não foram adotadas medidas semelhantes de "quarentena", de "lockdown", de "isolamento horizontal", dentre outras. 2. Não se verifica a aplicabilidade dos arts. 317, 478 e 479 à situação dos autos, em que o autor pleiteia a revisão do contrato de locação residencial por ter perdido sua fonte de renda em função da pandemia da Covid-19, uma vez que a perda da fonte de renda não é evento extraordinário e imprevisível, e, ademais, não se verifica a existência de desproporção entre o valor da prestação devida pelo locatário e o do momento da sua execução, e muito menos se verifica a ocorrência de qualquer vantagem ao locador, o que afasta a existência de onerosidade excessiva ou a aplicabilidade da teoria da imprevisão. 3. Recurso improvido. (TJSP; Apelação Cível 1005033-24.2020.8.26.0625; Relator (a): Artur Marques; Órgão Julgador: 35ª Câmara de

Direito Privado; Foro de Taubaté - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/03/2021; Data de Registro: 02/03/2021).

Por sua vez, o Tribunal de Justiça de São Paulo demonstrou certa relutância na admissão da Teoria da Imprevisão com fundamento na extraordinariedade e imprevisibilidade geradas pela pandemia de coronavírus.

Evidentemente, somente com o manejo da ação revisional perante os Tribunais e após novas decisões sobre o tema, o entendimento majoritário se firmará, o que não ocorreu até o presente momento no Judiciário brasileiro.

Diante de decisões diferentes, que admitem ou inadmitem a utilização da Teoria da Imprevisão nos contratos de locação, os profissionais do Direito devem considerar os riscos de ingressar com ação revisional antes dos 3 anos previstos pelo artigo 19 da Lei 8.245/91. Assim, nota-se a necessidade de amadurecimento do tema para adoção da Teoria da Imprevisão no contexto dos contratos de locação na pandemia da COVID-19.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vive-se um momento em que a pacificação social se faz cada vez mais necessária. O equilíbrio das obrigações entre pessoas dependerá não só de atos do governo federal, estadual ou municipal, mas, também da boa-fé dos integrantes da sociedade, incluindo locadores, locatários, empresários, autônomos, etc.

A busca do diálogo será um imperativo para solucionar a dificuldade de pagamento das obrigações, como o caso dos aluguéis vencidos em tempos de pandemia.

Em um país em que a mídia televisiva noticia o desemprego crescente, o assunto é relevante, pois é imperiosa a subsistência das empresas para geração de renda e circulação de riquezas.

Certamente, o que deverá prevalecer na solução desta difícil equação financeira será o bom senso das partes contratantes, por meio de dilação de prazo ou mesmo de parcelamentos para manter o equilíbrio contratual, sem que haja a necessidade de embates judiciais entre as partes, na medida do possível.

De qualquer sorte, será imprescindível a uniformização do entendimento dos Tribunais nas decisões de tais casos para que a doutrina e jurisprudência firmem orientação quanto à aplicabilidade da Teoria da Imprevisão e do Princípio da Onerosidade excessiva a todos os contratos indistintamente, sem a observância da regra do artigo 19 da Lei 8.245/91, que exige o transcurso do prazo de três anos para a propositura de qualquer ação revisional aos contratos.

Os magistrados deverão ter atenção redobrada para separar os devedores que realmente experimentaram um desequilíbrio econômico-financeiro, durante o período pandêmico, daqueles que pretendam utilizar o instituto da Teoria da Imprevisão como subterfúgio para elidir os pagamentos dos aluguéis a seus locadores.

Neste sentido, a prova pericial poderá ser de fundamental importância para estabelecer se ocorreu o desequilíbrio financeiro entre as partes.

Finalmente, além dos requisitos exigidos para a utilização do instituto da Teoria da Imprevisão e da Onerosidade excessiva, deverá ser respeitado o axioma da boa-fé entre as partes do início ao final da contratação para a manutenção do equilíbrio e da pacificação social.

REFERÊNCIAS

BERTOLDI, Marcelo M., RIBEIRO, Gustavo Pires. 2020. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/80736/coronavirus-como-ficam-os-contratos-em shoppings-centers. Acesso em17/12/2021.

BRASIL. **Lei 8.245/91**, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Publicada em 21 de outubro de 1991. Disponível em L8245 (planalto.gov.br). .....Acesso em 01/08/2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. PL 634/1975. Disponível em L10406compilada (planalto.gov.br). Acesso em 01/08/2022.

BRASIL. **Site do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Jurisprudência. Apelação Cível n.º 1.092.777-2. Fls. 10/17. Relator: Vilma Régia Ramos de Rezende. Data de Julgamento: 22/04/2015. 11ª Câmara Cível. Disponível em http://www.tjpr.jus.br. Data de Publicação: 26/05/2015. Acesso em 17/12/2021.

BRASIL**. Site do Superior Tribunal de Justiça.** Jurisprudência. Resp. 1300831/PR. Rel. Ministro Marco Buzzi. Quarta Turma. Julgado em 27/03/2014 Publicado em 30/04/2014. Disponível em http://stj.jus.br. Acesso em 17/12/2021.

BRASIL. **Site do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.** Jurisprudência. AI: 50355494520208240000. Relator: Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Terceira Câmara de Direito Civil. Julgado em 20/04/2021. Disponível em http://www.tjpr.jus.br. Acesso em 01/08/2022.

BRASIL. **Site do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. Jurisprudência. AI: 50250231920208240000. Relator: André Luiz Dacol. Sexta Câmara de Direito Civil. Data de Julgamento: 08/06/2021. Publicado em 08/06/2021. Disponível em http://www.tjpr.jus.br. Acesso em 01/08/2022.

BRASIL. **Site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Jurisprudência. AI: 2140223-71.2020.8.26.0000. Relator: Antônio Rigolin. 31ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 06/07/2020; Publicado em: 06/07/2020. Disponível em http://www.tjsp.jus.br. Acesso em 01/08/22.

BRASIL. **Site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Jurisprudência. Apelação Cível 105372747.2020.8.26.0100. Relator: Vianna Cotrim. Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado. Foro Central Cível - 5ª Vara Cível. Data do Julgamento: 25/03/2021. Data de publicação: 25/03/2021. Disponível em http://www.tjsp.jus.br. Acesso em 01/08/22.

BRASIL. **Site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.** Jurisprudência. Apelação Cível 1005033-24.2020.8.26.0625. Relator: Artur Marques. Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado. Foro de Taubaté - 2ª Vara Cível. Data do Julgamento:

02/03/2021. Data de publicação: 02/03/2021. Disponível em http://www.tjsp.jus.br. Acesso em 01/08/22.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: **Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 3º Volume. Editora Saraiva. 1986.

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor**. Editora RT. 1999.

FARIA, Rafael G**. Será que todos os contratos de prestação continuada devem ser revistos na pandemia?**
Disponível em: https://raphaelgfaria.jusbrasil.com.br/artigos/913246566/sera-que-todos-os- contratos-de-prestacao-continuada-devem-ser-revistos-na-pandemia. Acesso em 17/12/2021

FIDA, Orlando; CARDOSO, Edson Ferreira. **Contratos no Direito Brasileiro.** Vol. 1.

HIERRO, Jose Manuel Fernandez. **La modificacion del contrato.** Pamplona. Arazandi Editorial. 1992.

LEÃO, José Francisco Lopes de. Editora Malheiros**. LEASING: O arrendamento Mercantil, 1999.**

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Malheiros Editores. 1990.

NADER, Paulo, **Filosofia do Direito.** Ed. Forense. 1991.

NETO, Virgílio. **Função Social dos Contratos: Filme A ilha.** Disponível em: https://virgilionnetovmn.jusbrasil.com.br/artigos/817013090/filme-a-ilha-funcao- social-dos-contratos. Acesso em 17/12/2021.

OLIVEIRA, Maria Vitória Maziteli de Oliveira; SILVA, José de Oliveira. **Direito Administrativo- Estudos Dirigidos.** Editora JusPodiVm. 2011.

SCHEREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de negociar. 2018.** Disponível: https://books.google.com.br/books?id=L9RiDwAAQBAJ&pg=PT212&lpg=PT212&dq. Acesso em 17/12/2021.

A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE O GANHO DE CAPITAL, QUANDO RECONHECIDO, ORIUNDO DA DIFERENÇA POSITIVA ENTRE O PREÇO DA AQUISIÇÃO DE UM BEM E O PREÇO DA TRANSFERÊNCIA DESTE AOS SUCESSORES, NA TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS, À LUZ DO ART. 23 DA LEI N.º 9.532/1997

Hellen Cristina Sales[1]
Jaqueline da Silva Stein[2]

Resumo: Com o objetivo de analisar a incidência do Imposto de Renda sobre o ganho de capital, quando reconhecido, advindo da diferença positiva entre o preço da aquisição de um bem (valor original) e o preço da transferência (valor atualizado) deste aos sucessores, na transmissão *causa mortis*, este estudo discorre acerca das normas que dão fundamento e amparo legal a tal incidência (art. 23 da Lei n.º 9.532/1997, art. 130 do Decreto n.º 9.580/2018 (RIR/2018) e a Instrução Normativa/SRF n.º 84/2001). Por meio de abordagem qualitativa, do tipo bibliográfica e documental, e que possui como parâmetro o caráter explicativo e o método dedutivo, demonstrou-se a possibilidade da incidência do Imposto Renda sobre o acréscimo patrimonial oriundo da transmissão *causa mortis* após a escolha dos herdeiros em receberem os bens deixados pelo instituidor da herança pelo "valor de mercado".

Palavras-chave: Imposto de Renda. Ganho de Capital. *Causa Mortis.* Art. 23 da Lei n.º 9.532/1997.

Abstract: The purpose of this study analyze the incidence of Income Tax on capital gain, when recognized, arising from the positive difference between the purchase price of an asset (original value) and the transfer price (updated value) from it to successors, in the transmission causa mortis, this study discusses the rules that provide legal basis and support for such incidence (art. 23 of Law n.º 9.532/1997, art. 130 of Decree n.º 9.580/2018 (RIR/2018) and the Instruction Normative/SRF n.º 84/2001). Through a qualitative approach of the bibliographic and documentary type which has as parameter the explanatory character and the deductive method, it was demonstrated that there is the possibility of levying the Income Tax on the equity increase arising from the transmission of *causa mortis* after the choice of heirs who receive the assets left by the founder of the inheritance at "market value".

Keywords: Income tax. Capital gain. *Causa Mortis*. Art. 23 of Law n.º 9.532/1997.

INTRODUÇÃO

O Imposto de Renda, tributo previsto pelo constituinte na Constituição Federal, e mais detidamente delineado pelo legislador no Código Tributário Nacional e no Regulamento do Imposto de Renda, Decreto n.º 9.580/2018, pelo Executivo, tem a competência para tributar alguns fenômenos, que a partir das suas ocorrências, caracterizam renda e proventos de qualquer natureza, no patrimônio do contribuinte. Uma das hipóteses de incidência de Imposto de Renda é o efetivo ganho de capital oriundo da transmissão *causa mortis*, quando reconhecido pelos herdeiros.

Tal incidência tem amparo legal no §1º, do art. 23, da Lei n.º 9.532/1997, bem como no art. 130 do Decreto n.º 9.580/2018 e na Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil n.º 84/2001. Pode-se extrair das normas citadas que há a incidência do Imposto de Renda caso seja reconhecido o ganho de capital (acréscimo patrimonial) no caso de, durante o processo de inventário do *de cujus*, haver a escolha pelos sucessores

1. Acadêmica de Direito da UNISOCIESC/Anima. E-mail: hellen97cristina@gmail.com.
2. Orientadora do artigo. Docente do Centro Universitário Sociesc – UNISOCIESC. Mestra em Direito, Estado e Sociedade, linha de pesquisa Constituição, Cidadania e Direitos Humanos, pela Universidade Federal de Santa Catarina (2017). Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (2012). Bacharela em Direito pela Universidade da Região de Joinville (2010). E-mail: jaqueline.stein@unisociesc.com.br

de se realizar a transferência dos bens segundo o valor atualizado (valor de mercado) quando for positiva a diferença entre o preço da transmissão e o de aquisição desses bens.

Situação fática semelhante à estudada neste artigo é a que ocorre nos autos do Mandado de Segurança n.º 5024054-57.2019.4.04.7201/SC, em trâmite na 2ª Vara Federal da Subseção de Joinville/SC, em que pediu que se ordenasse ao Delegado da Receita Federal do Brasil que se abstenha de exigir, "quando da transferência *causa mortis* de ações societárias de WEG S.A. para os sucessores, a cobrança de Imposto de Renda sobre o ganho de capital entre o valor declarado da aquisição das ações e o valor de mercado". Ao julgar o mérito, o juízo entendeu pela improcedência dos pedidos impetrantes, uma vez que já praticado o fato gerador.

A redação das normas contidas nos dispositivos supracitados permite que os sucessores escolham receber os bens pelo valor histórico de aquisição pelo sucedido, caso em que haverá unicamente a incidência do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD), ou por atualizar o valor dos bens pelo valor de mercado, gerando então a cobrança do Imposto de Renda.

Vislumbrando tais questões, o presente estudo tem o intuito de analisar os dispositivos mencionados e, a partir deles, discorrer acerca da possibilidade da incidência do Imposto de Renda sobre nova disponibilidade econômica do espólio oriunda da decisão dos herdeiros de declarar os bens deixados pelo *de cujus* pelo valor atualizado (valor de mercado).

1. IMPOSTO SOBRE A RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA SOB A ÓTICA DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL E DO DECRETO N.º 9.580/2018

Em meio ao rol de atribuições que foram conferidas ao legislador ordinário pelo constituinte, há a permissão de revelar qual ou quais seriam as situações que estariam abrangidas pela tributação. Assim, o constituinte, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer os limites do poder de tributar, na sua seção II, Título VI, previu os impostos e quais entes seriam competentes para suas instituições, bem como arrecadações. E, logo em um dos primeiros artigos da seção II do título citado, no art. 153, delimitou quais seriam os impostos de competência da União Federal, podendo esta instituir impostos sobre:

> (I) importação de produtos estrangeiros;
> (II)exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;
> (III) renda e proventos de qualquer natureza;
> (IV) produtos industrializados;
> (V) operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;
> (VI) propriedade territorial rural;
> (VI) grandes fortunas, nos termos de lei complementar; (BRASIL, 1988).

Dito isso, limita-se este estudo ao imposto previsto no inciso III, do art. 153, da Constituição Federal, qual seja, o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

O constituinte, no notável art. 146 da Constituição, delegou à lei complementar, esta que seria elaborada pelo legislador, a regulamentação das limitações constitucionais ao poder de tributar, as "normas gerais em matéria de legislação tributária", assim como os critérios especiais de tributação. E, quando da promulgação da Constituição Federal,

recepcionou-se como tal lei complementar, em razão da compatibilidade material, o Código Tributário Nacional (CTN), Lei n.º 5.172/1966, que dispôs acerca do "Sistema Tributário Nacional" e instituiu as normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

Nesse contexto, criticamente, Paulo de Barros assevera que, o referido artigo "não representa menos do que a confirmação cabal do que predicara a chamada escola bem comportada do Direito Tributário brasileiro [...]," [que se] nele não pudermos notar "o tino do político arguto, do legislador atento às proporções e à magnitude do sistema jurídico positivo, uma coisa ficou suficientemente clara: é o subproduto de um trabalho de pressão política, exercida sobre a Comissão de Tributos da Constituinte de 1988" (CARVALHO, 2019). Mais ainda, diz o doutrinador que:

> [...] estatui o art. 146 da Constituição Federal de 1988 que cabe à lei complementar três funções: 1ª) dispor sobre conflitos de competências entre as entidades tributantes; 2ª) regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; e 3ª) estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária. Abre aqui o constituinte as três alíneas do inc. III, em tom de esclarecimento, para proclamar que, além das normas gerais propriamente ditas, a lei complementar estaria habilitada a reger, com especificidade: a) a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados na Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; e b) obrigação, crédito, prescrição e decadência tributários (CARVALHO, 2019, p. 268).

Diante disso, o CTN, cumprindo a função conferida pelo art. 146, delineia o Imposto de Renda, e à luz do art. 43 do CTN, reafirma aquilo já previsto na Constituição Federal, que tal é um tributo de competência da União Federal que incide sobre a renda e proventos de qualquer natureza. A renda, segundo tal dispositivo, é entendida como sendo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos. Já proventos de qualquer natureza são compreendidos como acréscimos patrimoniais não enquadráveis no conceito legal de renda, conforme redação transcrita a seguir:

> Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:
> I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;
> II-de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.
> §1º—A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)
> §2º—Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001) (BRASIL, 1966).

Muito sabiamente, Humberto Ávila acrescenta a esses conceitos que a renda pode ser definida "de modo a abranger apenas o resultado líquido entre receitas e despesas" em um determinado período, e proventos de qualquer natureza pode ser interpretado como sendo todos "os acréscimos patrimoniais não incluídos na noção de renda". Tudo aquilo que foi acrescido ao conjunto de direitos e obrigações de um sujeito considera-se acréscimo patrimonial (ÁVILA, 2012).

Conceituados os mandamentos principais do Imposto de Renda, antes de discorrer acerca da sua função, passa-se a definir, genericamente, as funções que podem ter os tributos.

Segundo a Constituição Federal, os tributos por ela instituídos “figuram como meios para obtenção de recursos por parte dos entes políticos”, os quais atuam como fontes de receitas, de modo que “se pode falar num Estado fiscal ou num Estado tributário, assim compreendido o Estado cujas necessidades financeiras são essencialmente cobertas por impostos” (PAULSEN, 2021).

Tais tributos, como regra, figuram como a "principal" receita financeira do Estado, classificando-se como “receita derivada (porque advinda do patrimônio privado) e compulsória (uma vez que, decorrendo de lei, independem da vontade das pessoas de contribuírem para o custeio da atividade estatal)”. Desse modo, quando instituídos com tal finalidade possuem função fiscal, e devem ser fundamentados nos princípios da segurança, da igualdade e da capacidade contributiva (PAULSEN, 2021).

Em contrapartida, há a função extrafiscal dos tributos, que, consoante Leandro Paulsen, pode ser entendida da maneira que, “como os tributos sempre oneram as situações ou operações sobre as quais incidem, acabam por influenciar as escolhas dos agentes econômicos, gerando efeitos extrafiscais, e por vezes são instituídos ou dimensionados justamente com esse objetivo”. Desse modo, quando a justificativa de “inibição” ou de “indução” de comportamentos de determinado tributo predomina sobre a motivação arrecadatória, têm-se tributos de natureza extrafiscal (MACHADO, 2019).

Nessa esteira, em relação à extrafiscalidade dos tributos, Leandro Paulsen, no seu Curso de Direito Tributário, menciona a análise do doutrinador Paulo de Barros Carvalho:

> [...] vezes sem conta a compostura da legislação de um tributo vem pontilhada de inequívocas providências no sentido de prestigiar certas situações, tidas como social, política ou economicamente valiosas, às quais o legislador dispensa tratamento mais confortável ou menos gravoso. A essa forma de manejar elementos jurídicos usados na configuração dos tributos, perseguindo objetivos alheios aos meramente arrecadatórios, dá-se o nome de “extrafiscalidade” (CARVALHO *apud* PAULSEN, 2021, p. 16).

Em contexto de dupla finalidade, além do Imposto de Renda ter como função principal a obtenção de recursos financeiros para a União, como também pode ser fonte primária de recursos para os Estados, Distrito Federal e Municípios (arts. 157, inciso I, e 158, inciso I, ambos da Constituição), pode servir como instrumento extrafiscal, de modo que pode intervir na economia incentivando ou desestimulando determinadas atividades, “que nessas circunstâncias se presta para algo mais que a obtenção de recursos”, conforme entende Hugo de Brito Machado.

Além disso, como em todo e em qualquer imposto, há um fato gerador determinador da sua incidência, que consoante o previsto no art. 114 do CTN[3], o fato gerador desse ou daquele imposto é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. Nesse sentido, Paulo de Barros Carvalho, no seu Curso de Direito Tributário, esclarece que o “legislador chama de obrigação principal o vínculo abstrato que une o sujeito ativo e o sujeito passivo, tendo como objeto uma prestação pecuniária. É a relação jurídica, de cunho patrimonial, estabelecida no consequente da regra-matriz de incidência” (CARVALHO, 2019).

3. Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

No caso do Imposto de Renda, o fato gerador é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza, conforme a cabeça do art. 43 do CTN, *in verbis:* "Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica".

Sabe-se que são praticamente intermináveis as discordâncias, na doutrina, sobre os conceitos de disponibilidade econômica e jurídica das rendas e proventos de qualquer natureza para fins da definição do fato gerador do imposto em discussão. Neste trabalho, seguir-se-á a corrente majoritária de que a "licitude do fato de que resulta o recebimento dos rendimentos é irrelevante para efeito de incidência" do Imposto de Renda, à luz do célebre princípio do *"pecúnia non olet",* de modo que, se a disponibilidade econômica ocorrer de uma conduta "consoante" com o direito (jurídica) ou "dissonante" deste (disponibilidade econômica apenas), havendo o efetivo aumento patrimonial, concluir-se-á pela ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda (ALEXANDRE, 2021).

Em relação à base de cálculo do Imposto de Renda, o art. 44 do CTN dispõe que será o "montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis". A forma de apuração dessa base de cálculo varia de acordo com a espécie de contribuinte, pois tal imposto incidindo sobre as pessoas jurídicas (IRPJ), o "valor dos rendimentos pode ser obtido por meio de três formas de apuração diferentes: lucro real, lucro presumido ou lucro arbitrado" (MACHADO, 2019) (art. 44 do CTN). E, segundo a Lei Complementar n.º 123 de 2006, existem, ainda, outras formas de apurações que são por meio do Microempreendedor Individual (MEI) e pelo Simples Nacional.

Já quando o contribuinte é pessoa física (IRPF), a tributação dos rendimentos e proventos dar-se-á mediante sistema em que a tributação é "realizada à medida que os valores são recebidos", por meio de retenções e pagamentos mensais no decorrer do ano, chamado de "ano-base ou ano-calendário". Após, no ano consecutivo, "o ciclo se completa com a entrega da declaração de ajuste anual na qual, analisados rendimentos ou despesas, chega-se a uma das seguintes conclusões a respeito do imposto pago no ano-base: a) correspondeu corretamente ao devido; b) foi menor que o devido; c) foi maior que o devido". Assim, nas hipóteses "b" e "c", ou se faz o pagamento do valor correspondente faltante ou restitui-se com a diferença, de acordo com o caso (ALEXANDRE, 2021).

Ainda quanto à base de cálculo, Ricardo Alexandre menciona que:

> O ideal seria que o imposto apurado na declaração de ajuste anual fosse exatamente a soma dos valores pagos e retidos mensalmente durante o ano-base. Isso, contudo, não se verifica por vários motivos. As principais causas para a diferença são o recebimento por alguns contribuintes de rendimentos pagos por mais de uma fonte pagadora (o que tende a gerar imposto a pagar nas respectivas declarações) e, o que nos interessa mais de perto nesse tópico por repercutir na base de cálculo do tributo, a existência de despesas que somente podem ser legalmente deduzidas no ajuste anual, em virtude de não ser viável exigir que as fontes pagadoras as acompanhem mês a mês, como são os casos de pagamentos a escola e médicos [...] (ALEXANDRE, 2021, pág. 714 e 715).

Nesse sentido, com o intuito de estreitar e salientar o objeto deste estudo, o Regulamento do Imposto de Renda (Decreto n.º 9.580/2018), em seu art. 47, prevê que são tributáveis as importâncias decorrentes de:

> Art. 47. São também [...]:

> I - as importâncias com que o devedor for beneficiado, nas hipóteses de perdão ou de cancelamento de dívida em troca de serviços prestados;
> II - as importâncias originadas dos títulos que tocarem ao meeiro, ao herdeiro ou ao legatário, ainda que correspondam a período anterior à data da partilha ou da adjudicação dos bens, excluída a parte já tributada em poder do espólio;
> III - os lucros do comércio e da indústria, auferidos por todo aquele que não exercer, habitualmente, a profissão de comerciante ou de industrial; (BRASIL, 2018).

À vista do inciso II, do referido artigo, as importâncias que poderão ser recepcionadas, pelos herdeiros quando da sucessão *causa mortis*, caso sejam reconhecidas por estes em valores a maior daquele pago pelo instituidor da herança – o que será abordado detalhadamente posteriormente, são compreendidas como "proventos de qualquer natureza" (arts. 153, inciso III, da Constituição, e 43 do CTN). Tais proventos são todos os acréscimos patrimoniais não enquadráveis no conceito legal de renda, isto é, tudo "aquilo que foi acrescido ao conjunto de direitos e obrigações de um sujeito", que, no caso, seria dos sucessores.

Antes de se delimitar estritamente quem seria o contribuinte do imposto aqui estudado, há a necessidade de elucidar o que seria o sujeito ativo e o passivo da obrigação tributária. Segundo Geraldo Ataliba, o contribuinte, como é convencionalmente chamado, é o sujeito passivo da obrigação tributária, na posição de devedor. É a "pessoa que fica na contingência legal de ter o comportamento objeto da obrigação, em detrimento do próprio patrimônio e em favor do sujeito ativo". Nada mais é do que a pessoa que terá a "diminuição patrimonial", com a arrecadação do tributo, que no caso seria o Imposto de Renda (ATALIBA,2021). Tal sujeito está também previsto no art. 121 do CTN, que pode ser tanto o contribuinte como o responsável tributário.

Doutro lado da obrigação tributária tem-se o sujeito ativo, que consoante Ataliba, é o credor de tal obrigação, "pessoa político-constitucional competente (União, Estados, Distrito Federal e Municípios)", é quem a lei atribui a exigibilidade do tributo, melhor dizendo:

> [...] é a pessoa constitucional titular da competência tributária. Nestes casos (regra geral), a lei não precisa ser expressa na designação do sujeito ativo. Se nada disser, entende-se que o sujeito ativo e a pessoa titular da competência tributária. Em outras palavras: e regra geral é que o sujeito ativo é a pessoa que a lei criou (no Brasil, União Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios) (ATALIBA, 2021, p. 83 e 84).

Especificamente em relação ao Imposto de Renda, o seu contribuinte está definido no art. 45 do CTN, em que estabelece que este é o "titular da disponibilidade a que se refere o artigo 43 do CTN, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis", consoante abaixo:

> Art. 45. Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o artigo 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.
> Parágrafo único. A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam. (BRASIL, 1966).

Corroborando o contido no CTN, o Decreto n.º 9.580/2018 (Regulamento do Imposto de Renda) trouxe quem seriam os contribuintes de tal imposto como sendo as pessoas físicas que perceberem a renda ou o proventos de qualquer natureza, “inclusive rendimentos e ganhos de capital, sem distinção de nacionalidade, sexo, idade, estado civil ou profissão”, e também “as pessoas que perceberem rendimentos de bens de que tenham a posse como se lhes pertencessem” e as “pessoas físicas residentes no exterior” que tenham suas rendas e seus proventos de qualquer natureza, inclusive os ganhos de capital, percebidos no país, conforme abaixo:

> Art. 1º As pessoas físicas que perceberem renda ou proventos de qualquer natureza, inclusive rendimentos e ganhos de capital, são contribuintes do imposto sobre a renda, sem distinção de nacionalidade, sexo, idade, estado civil ou profissão [...]
> § 1º São também contribuintes as pessoas físicas que perceberem rendimentos de bens de que tenham a posse como se lhes pertencessem, de acordo com a legislação em vigor (Lei nº 5.172, de 1966 - Código Tributário Nacional, art. 43 e art. 45).
> § 2º As pessoas físicas residentes no exterior terão suas rendas e seus proventos de qualquer natureza, inclusive os ganhos de capital, percebidos no País tributados de acordo com as disposições contidas nos Capítulos V e VI do Título I do Livro III.
> Art. 2º O imposto sobre a renda será devido à medida que os rendimentos e os ganhos de capital forem percebidos, observado o disposto no art. 78 (Lei nº 8.134, de 27 de dezembro de 1990, art. 2º). (BRASIL, 2018).

O mesmo regulamento, em relação à sucessão hereditária, em seu art. 9º, preconiza remissivamente que é tributável:

> Art. 9º Ao espólio serão aplicadas as mesmas normas a que ficam sujeitas as pessoas físicas, observado o disposto nesta Seção e, no que se refere à responsabilidade tributária, no art. 21 ao art. 23 (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 45, § 3º; e Lei nº 154, de 25 de novembro de 1947, art. 1º).
> § 1º A partir da abertura da sucessão, as obrigações estabelecidas neste Regulamento ficam a cargo do inventariante (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 46). [...] (BRASIL, 2018).

Além disso, é importante trazer à baila que existem regimes diferentes de tributação pelo imposto aqui discutido, conforme seja o contribuinte pessoa física ou pessoa jurídica. Não só as alíquotas são diferentes em um ou em outro caso, como a sistemática de apuração é também diversa. Para fins tributários, especialmente no que tange ao Imposto de Renda, equiparam-se às pessoas jurídicas as pessoas físicas que, em nome individual, explorem, habitual e profissionalmente, qualquer atividade econômica de natureza civil ou comercial, com o fim especulativo de lucro, mediante venda a terceiros de bens ou serviços (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 41, § 1º, alínea “b”), conceito do qual se excluem apenas algumas atividades, como a exercida por médicos, advogados, dentistas, dentre outras “profissões, ocupações e prestação de serviços não comerciais” (MACHADO, 2019).

No que concerne à forma de lançamento, o Imposto de Renda é normalmente calculado e pago pelo próprio contribuinte antes mesmo de qualquer manifestação da autoridade fiscal sobre a retidão do valor apurado. Diz-se, por conta disso, que é submetido ao chamado lançamento por homologação, na inteligência do art. 150 do CTN:

> Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. (BRASIL, 1966).

Em decorrência disso, caso a autoridade fazendária constate a ausência ou a insuficiência no pagamento, ou ainda qualquer outro equívoco nos cálculos elaborados pelo contribuinte, poderá efetuar a cobrança de diferenças através de um lançamento de ofício (MACHADO, 2019).

Ainda, o Regulamento do Imposto de Renda, em seu art. 122, prevê as suas alíquotas no percentual de 7,5%, 15%, 22,5% e 27,5% progressivamente para pessoas físicas e de 15% e 25% para pessoas jurídicas.

Essas alíquotas, conceitualmente, podem ser entendidas como se fossem um "mandamento da norma tributária", que incidem "se" e "quando" se consuma o fato imponível que dá azo à obrigação tributária. E recebem a "designação" de alíquota este termo que se "consubstancia na fixação de um critério indicativo de uma parte ou fração" (de modo percentual). Tal grandeza, melhor dizendo, é uma expressão de riqueza do sujeito passivo tributário, da qual o estado se atribui uma quota (ATALIBA, 2021).

Por fim, no que concerne ao prazo para o recolhimento do Imposto de Renda, o art. 123 do Decreto n.º 9.580/2018 diz que "deverá ser pago até o último dia útil do mês subsequente àquele em que os rendimentos ou os ganhos forem percebidos", e de modo complementar, o artigo seguinte (art. 124), aponta que sem "prejuízo dos pagamentos obrigatórios estabelecidos neste Regulamento, fica facultado ao contribuinte efetuar, no curso do ano-calendário, complementação do imposto sobre a renda devido sobre os rendimentos recebidos".

Pormenorizado o Imposto de Renda, adiante passar-se-á a definir o que seria o ganho de capital sobre o qual incidiria este imposto.

2. GANHO DE CAPITAL, CONCEITO E ESPECIFICIDADES ANTE A LEI N.º 7.713/1988

No que diz respeito ao ganho de capital, elemento essencial para definir a abrangência e ocorrência da incidência do Imposto de Renda objeto deste estudo, o Código Tributário Nacional, além de prever os componentes essenciais da tributação sobre a renda, aqueles previstos nos arts. 43, 44 e 45, consoante já apontado, define a base de cálculo como sendo o "montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis". Não bastasse a definição trazida pelo CTN, há outra um pouco mais elaborada, qual seja, aquela trazida pelo § 2º, art. 3º, da Lei n.º 7.713/1988:

> Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei.
> § 1º Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados.
> § 2º Integrará o rendimento bruto, como **ganho de capital,** o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, **considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente**, observado o disposto nos arts. 15 a 22 desta Lei. (grifo nosso) (BRASIL, 1988).

O § 2º do artigo supracitado, indica que integrará ao rendimento bruto a diferença positiva entre “o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente”. Isto é, se na composição do valor atualizado entre a diferença daquele custo de dado bem quando originalmente adquirido e o custo da transmissão deste aos sucessores houver valor a maior, este nada mais é que a revelação da capacidade contributiva em razão de acréscimo patrimonial novo, originado da transferência de bens e que não revela uma substituição de um patrimônio já existente, mas, sim, o verdadeiro ganho pecuniário novo no patrimônio daqueles que sucederam.

Ao mesmo tempo em que a Lei n.º 7.713/1988 preconiza o que poderia ser considerado para fins de ganho de capital tributável, o que seria efetivamente a disponibilidade econômica nova, na sucessão *causa mortis*, ela também prevê as hipóteses que seriam isentos da tributação do Imposto de Renda os rendimentos percebidos pela pessoa física, e o que nos interessa, neste momento, são os rendimentos oriundos da sucessão hereditária ordinária, sendo eles:

> Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguinte rendimentos percebidos por pessoas físicas:
> [...]
> XVI - o valor dos bens adquiridos por doação ou herança;
> [...]
> Art. 22. Na determinação do ganho de capital serão excluídos:
> [...]
> III - as transferências causa mortis e as doações em adiantamento da legítima;
> [...] (BRASIL, 1988).

Extrai-se do artigo citado que há, sim, a isenção dos rendimentos recebidos pela pessoa física em relação ao “valor dos bens adquiridos por doação ou herança”, bem como que se deve excluir do cálculo do ganho de capital o montante atinente à simples “transferência *causa mortis* e doaç[ão] em adiantamento da legítima”, uma vez que é apontado pelos artigos citados que inexiste ganho de capital quando da transferência em virtude do evento “morte” por ser negócio jurídico não oneroso. Portanto, é inegável que para tais hipóteses não há tributação.

Segundo Ricardo Alexandre, isenção “consiste na dispensa legal do pagamento do tributo”, vez que o ente político tem a “competência para instituir o tributo e, ao fazê-lo, opta por dispensar o pagamento em determinadas situações”, isto é, a isenção é uma regra legal que evita a constituição do crédito tributário, sendo uma das modalidades de exclusão do crédito (art. 175, inciso I, do CTN), o que é o caso das hipóteses previstas nos artigos colacionados. Aqui, cabe salientar que, a isenção difere da imunidade tributária, pois a primeira “opera no âmbito do exercício da competência, enquanto a segunda opera no âmbito da própria delimitação de competência” (ALEXANDRE, 2021).

Além da isenção e da imunidade tributária, há outros dois conceitos importantes que se faz necessário abordar aqui, quais sejam, a não incidência e a alíquota zero. Aquela é a ausência da prática do fato gerador, que segundo Ricardo Alexandre “refere-se às situações em que um fato não é alcançado pela regra da tributação”, ou seja, não há a existência da obrigação tributária. Já esta última é quando o “ente tributante tem a competência para criar o tributo – tanto que o faz -, e o fato gerador ocorre no mundo concreto, mas a “obrigação tributária” dele decorrente, por uma questão de cálculo, é nula” (ALEXANDRE, 2021). Melhor dizendo, há hipótese de incidência tributária, vez que foi praticado o fato gerador, surgindo assim a obrigação tributária, contudo o valor da alíquota de incidência será zero.

Definido brevemente o que seria isenção, imunidade, não incidência e alíquota zero, colhe-se do sentido próprio dos dispositivos legais transcritos que a isenção se dá sobre o bem que ingressa no patrimônio da pessoa física por doação ou herança, mas essa isenção não obsta que se tribute como ganho de capital a disponibilidade econômica nova concernente à "valoração da qual o bem está sujeito". Acredita-se que se o legislador quisesse isentar o ganho de capital, aquele oriundo do reconhecimento da diferença a maior entre o valor da aquisição dos bens e o valor atualizado destes quando da transmissão *causa mortis*, teria, expressamente, assim afirmado como fez nos incisos I e IV, do art. 22, da mesma lei.[4]

Logo, a interpretação do art. 6º, inciso XVI, e art. 22, inciso III, ambos da Lei n.º 7.713/1988, levam-nos a concluir que o ganho de capital – o acréscimo patrimonial – constatado no patrimônio dos herdeiros pode ser tributado, especificamente se os herdeiros exercerem a faculdade de praticar o fato gerador do Imposto de Renda.

3. SUCESSÃO HEREDITÁRIA COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DE *SAISINE* (ART. 1.784 DO CÓDIGO CIVIL)

Flávio Tartuce, ao discorrer acerca da sucessão hereditária, invoca o fundamento da "sucessão *mortis causa"* de José de Oliveira Ascensão, que é a "exigência da continuidade da pessoa humana":

> O Direito das Sucessões realiza a finalidade institucional de dar a continuidade possível ao descontínuo causado pela morte.
> A continuidade a que tende o Direito das Sucessões manifesta-se por uma pluralidade de pontos de vista.
> No plano individual, ele procura assegurar finalidades próprias do autor da sucessão, mesmo para além do desaparecimento deste. Basta pensar na relevância do testamento.
> A continuidade deixa marca forte na figura do herdeiro. Veremos que este é concebido ainda hoje como um continuador pessoal do autor da herança, ou *de cujos.*
> [...]
> Mas tão importante como estas é a continuidade na vida social. O falecido participou desta, fez contratos, contraiu dividas... Não seria razoável que tudo se quebrasse com a morte, frustrando os contraentes. É necessário, para evitar sobressaltos na vida social, assegurar que os centros de interesses criados à volta do autor da sucessão prossigam quanto o possível sem fracturas para além da morte deste (TARTUCE, 2021, p. 1444).

À vista da lição de Ascensão, pode-se concluir que o "Direito Sucessório" está lastreado no "direito de propriedade" e na "sua função social", bem como na valorização da dignidade humana, inteligência dos arts. 1º, inciso III, 3º, inciso I, e 5º, incisos XXII e XXXIII, todos da Constituição Federal.

Especificamente, a sucessão *causa mortis*, com fulcro no art. 1.788 do Código Civil, dispõe de duas modalidades. A primeira é a sucessão legítima, aplicável obrigatoriamente mesmo à falta de um testamento. Já a segunda é a testamentária, a

4. Art. 22. Na determinação do ganho de capital serão excluídos:
I - o ganho de capital decorrente da alienação do único imóvel que o titular possua, desde que não tenha realizado outra operação nos últimos cinco anos e o valor da alienação não seja superior ao equivalente a trezentos mil BTN no mês da operação. [...]
III - as transferências causa mortis e as doações em adiantamento da legítima;
IV - o ganho de capital auferido na alienação de bens de pequeno valor, definido pelo Poder executivo.

qual decorre de ato de última vontade do *de cujus*, “por testamento, legado ou codicilo [...]” (TARTUCE, 2021), e que pode ser aplicada em concurso com a legítima se existirem herdeiros necessários.

O Código Civil, para ambas as formas de sucessão hereditária, estabeleceu uma regra especial, segundo a qual “a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (art.1.784 do CC). Assim, o patrimônio e as eventuais dívidas contraídas, estas até as forças do que se transmite, são instantaneamente transmitidos para os sucessores, isto é, os bens deixados pelo *de cujos* não ficam à míngua, uma vez que passam desde logo a pertencer aos herdeiros, em condomínio denominado de espólio, que tem natureza precária e será dissolvido ao findar do processo de inventário, com a identificação da quota parte a cada um dos herdeiros (TARTUCE, 2021).

A imediata transmissão dos bens aos sucessores prevista no art. 1.784 do CC, no âmbito civilista do direito das sucessões, é conhecida como o princípio de *saisine*, pois com a morte a herança se transmite de imediato aos sucessores como já mencionado, independentemente de qualquer ato dos herdeiros (TARTUCE, 2021).

Em contexto tal, o Supremo Tribunal de Justiça, entendeu que “aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se *incontinenti* aos herdeiros, podendo qualquer um dos coerdeiros reclamar bem, integrante do acervo hereditário, de terceiro que indevidamente o possua”.[5]

Em decorrência da máxima de *saisine*, sabe-se que, para fins tributários, a incidência do Imposto de Transmissão Causa Mortis – ITCMD considera o momento do óbito do instituidor da herança, consoante a Súmula n.º 112 do Supremo Tribunal Federal:

> Tributário. Imposto de transmissão causa mortis. Alíquota ao tempo da abertura da sucessão.
> O imposto de transmissão causa mortis é devido pela alíquota vigente ao tempo da abertura da sucessão.

Tal sucessão se abre no lugar do último domicílio daquele que faleceu, de acordo com o preconizado no art. 1.785 do Código Civil. Nesse sentido, Flávio Tartuce nos diz que, aquele artigo é complementado pelo art. 48 do Código de Processo Civil de 2015, que já em seu *caput* dispõe que “[...] o foro de domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade, a impugnação ou anulação de partilha extrajudicial e para todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro”. Quando o instituidor da herança não possuía domicílio certo, é competente: “I - o foro de situação dos bens imóveis, II - havendo bens imóveis em foros diferentes, qualquer destes e o III -

5. “Com interesse para a tutela de direitos reais, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que “os herdeiros possuem legitimidade ativa para atuarem diretamente em juízo em ações de direito rela, enquanto não aberto o inventário, por aplicação do princípio de *saisine*”. Trata-se da assertiva n.3, publicada na Edição n.133 da ferramenta Jurisprudência em Teses da Corte, que trata do Direito das Coisas. Como se retira de um de seus acórdãos precedentes, “a ação reivindicatória, de natureza real e fundada no direito de sequela, é a ação própria à disposição do titular do domínio para requerer a restituição da coisa de quem injustamente a possua ou detenha.” **Portanto, só o proprietário pode reivindicar. O direito hereditário é a forma de aquisição da propriedade imóvel. Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se incontinenti aos herdeiros, podendo qualquer um dos coerdeiros reclamar bem, integrante do acervo hereditário, de terceiro que indevidamente o possua** (CC/1916, arts. 530, IV, 1.572 e 1.580, parágrafo único; CC/2002, arts. 1,784 e 1.791).REsp 1.117.018/GO, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, J. 18.05.2017)” (grifo nosso). TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021, p.1446.

não havendo bens imóveis, o foro do local de qualquer dos bens do espólio" (TARTUCE, 2021).

5. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE O GANHO DE CAPITAL, NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA, APÓS A PRÁTICA DO FATO GERADOR, À LUZ DO ART. 23 DA LEI N.º 9.532/1997

À luz do princípio previsto no art. 153, §2º, inciso I, da Constituição - o da generalidade da tributação - e das normas infraconstitucionais que regem o Imposto de Renda, este deve abranger toda e qualquer renda ou proventos, não dependendo, por exemplo, da natureza, condição jurídica ou origem que advenha. Comportando-se como tal, o Imposto de Renda pode tributar determinados fenômenos, que, a partir das suas ocorrências, caracterizam-se como renda e como proventos de qualquer natureza, no patrimônio do contribuinte. Dentre esses fenômenos tributáveis pelo Imposto de Renda, tem-se aquele oriundo da transmissão *causa mortis* quando reconhecido, pelos herdeiros, o efetivo ganho de capital.

Corolário disso, o art. 23 da Lei n.º 9.532/1997, dispôs que, na transferência de direito de propriedade por sucessão, os bens e direitos poderão ser avaliados a valor de mercado ou pelo valor constante na declaração de bens do instituidor da herança, e optando, os sucessores, por receber os bens segundo o "valor de mercado", aquele valor atualizado dos bens, incidirá alíquota de 15% de Imposto de Renda sobre a diferença, visto que foi praticado o fato gerador, o que gera a obrigação tributária frente ao sujeito ativo (§ 1º, art. 23, Lei n.º 9.532/1997), como segue:

> Art. 23. Na transferência de direito de propriedade por sucessão, nos casos de herança, legado ou por doação em adiantamento da legítima, os bens e direitos poderão ser avaliados a valor de mercado ou pelo valor constante da declaração de bens do *de cujus* ou do doador.
> **§ 1º Se a transferência for efetuada a valor de mercado, a diferença a maior entre esse e o valor pelo qual constavam da declaração de bens do *de cujus* ou do doador sujeitar-se-á à incidência de imposto de renda à alíquota de quinze por cento.**
> § 2º O imposto a que se referem os §§ 1º e 5º deverá ser pago:
> I - pelo inventariante, até a data prevista para entrega da declaração final de espólio, nas transmissões mortis causa, observado o disposto no art. 7º, § 4º, da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995;
> II - pelo doador, até o último dia útil do mês-calendário subseqüente ao da doação, no caso de doação em adiantamento da legítima;
> III - pelo ex-cônjuge a quem for atribuído o bem ou direito, até o último dia útil do mês subseqüente à data da sentença homologatória do9 formal de partilha, no caso de dissolução da sociedade conjugal ou da unidade familiar.
> § 3º O herdeiro, o legatário ou o donatário deverá incluir os bens ou direitos, na sua declaração de bens correspondente à declaração de rendimentos do ano-calendário da homologação da partilha ou do recebimento da doação, pelo valor pelo qual houver sido efetuada a transferência.
> § 4º Para efeito de apuração de ganho de capital relativo aos bens e direitos de que trata este artigo, será considerado como custo de aquisição o valor pelo qual houverem sido transferidos. (grifo nosso)
> (BRASIL, 1997).

Reforçando o citado no art. 23, o Regulamento do Imposto de Renda (Decreto n.º 9.580/2018), em seção única, previu, no art. 130, redação semelhante ao da Lei n.º 9.532/1997, vejamos:

> Art. 130. Na transferência de direito de propriedade por sucessão, nas hipóteses de herança, legado ou doação em adiantamento da legítima, os bens e os direitos poderão ser avaliados a valor de mercado ou pelo valor apresentado na declaração de bens do de cujus ou do doador (Lei nº 9.532, de 1997, art. 23, *caput*).
> § 1º Se a transferência for efetuada a valor de mercado, a diferença a maior entre o referido valor e o valor pelo qual constavam da declaração de bens do *de cujus* ou do doador ficará sujeita à apuração do ganho de capital e à incidência de imposto sobre a renda, observado o disposto no art. 148 ao art. 153 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 23, § 1º).
> § 2º O herdeiro, o legatário ou o donatário deverá incluir os bens ou os direitos na sua declaração de bens correspondente à declaração de ajuste anual do ano-calendário da homologação da partilha ou do recebimento da doação pelo valor pelo qual houver sido efetuada a transferência (Lei nº 9.532, de 1997, art. 23, § 3º).
> § 3º Para fins de apuração de ganho de capital na alienação dos bens e dos direitos de que trata este artigo, será considerado pelo herdeiro, pelo legatário ou pelo donatário como custo de aquisição, o valor pelo qual houverem sido transferidos (Lei nº 9.532, de 1997, art. 23, § 4º).
> § 4º As disposições deste artigo aplicam-se, também, aos bens ou aos direitos atribuídos a cada cônjuge, na hipótese de dissolução da sociedade conjugal ou da unidade familiar (Lei nº 9.532, de 1997, art. 23, § 5º). (grifo nosso) (BRASIL, 2018).

Nesse mesmo sentido, ainda, tem-se a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil n.º 84/2001:

> Art. 20. Na transferência de propriedade de bens e direitos, por sucessão causa mortis, a herdeiros e legatários; por doação, inclusive em adiantamento da legítima, ao donatário; bem assim na atribuição de bens e direitos a cada ex-cônjuge ou ex-convivente, na hipótese de dissolução da sociedade conjugal ou união estável, os bens e direitos são avaliados a valor de mercado ou considerados pelo valor constante na Declaração de Ajuste Anual do de cujus, doador, ex-cônjuge ou ex-convivente declarante, antes da dissolução da sociedade conjugal ou união estável.
> […]
> 2º O valor relativo à opção por qualquer dos critérios de avaliação a que se refere este artigo, que independe da avaliação adotada para efeito da partilha ou do pagamento do imposto de transmissão, deve ser informado na declaração:
> I – final de espólio e na declaração do herdeiro ou legatário, correspondente ao ano-calendário da transmissão;
> […]
> 3º Se a transferência for efetuada por valor superior ao constante na Declaração de Ajuste Anual referida no caput, ou do custo de aquisição referido no § 1º, a diferença a maior constitui ganho de capital tributável.
> […]
> § 5º Na apuração de ganho de capital em virtude de posterior alienação dos bens e direitos de que trata este artigo, é considerado como custo de aquisição o valor a que se refere o § 2º.
> § 6º Para efeito do disposto no § 5º, a comprovação do custo, constante na Declaração de Ajuste Anual, é efetuada por meio de:
> I – Declaração Final de Espólio, no caso de transmissão causa mortis; (BRASIL, 2001).

Entende-se das normas transcritas, mormente dos arts. 23, § 1º, da Lei n.º 9.532/1997 e § 1º, art. 130 do decreto já mencionado, que quando os herdeiros decidem receber os bens de herança pelo valor atualizado, chamado nos artigos apontados como

"valor de mercado", o legislador impôs que haveria a tributação sobre a diferença apurada e reconhecida em relação ao custo de aquisição de tais bens, pelos sucessores, quando da recepção destes ao patrimônio. Dessa forma, ao assim optarem, devem os herdeiros pagarem quando da obrigatória entrega da declaração final do espólio o valor relativo à incidência de 15% sobre o ganho de capital que foi reconhecido (§ 2º, inciso I, da Lei n.º 9.532/1997).

Ocorre que as redações das normas estampadas nos artigos 130 do Decreto n.º 9.580/2018 e no 23 da Lei n.º 9.532/1997 revelam uma faculdade entre transmitir os bens oriundos de herança pelo valor atualizado, praticando o fato gerador do Imposto de Renda, ou pelo valor original, para aqueles que receberão patrimônio de terceiro aos seus próprios. Se não pretendesse, o legislador, criar as alternativas para o contribuinte, teria utilizado o verbo "dever", mas não o "poder", como utilizou. Este ponto será mais detidamente abordado no próximo item.

Assim, não é a simples transferência por sucessão *causa mortis* que está aqui a ser tributada, pois esta é fato jurídico não oneroso e simples, que é apenas o resultado de um ingresso originário e gratuito no conjunto de bens dos sucessores, conforme a isenção referida lá no capítulo 2, arts. 6º e 22 da Lei n.º 7.713/1988, mas aquela que enseja em acréscimo patrimonial.

A partir da mudança da propriedade do bem ou do direito advindo do fenômeno "morte", no caso a do instituidor da herança por óbvio, incidirá sob esta transmissão de propriedade, consoante já mencionado no capítulo 3, apenas o Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCMD (art. 155, inciso I, da Constituição e art. 35 e seguintes do CTN) (MACHADO, 2019).

Logo, a hipótese de incidência do Imposto de Renda ora estudada é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica nova pelo espólio oriunda da opção dos herdeiros em receber bens que estavam declarados na última declaração de Imposto de Renda do *de cujus* não pelo montante nela constante, mas pelo valor atualizado do conjunto do espólio. Recepcionados tais bens pelo valor atualizado, o patrimônio final do espólio é claramente dilatado pela diferença entre o valor constante na declaração do falecido e o valor que será declarado, pelos herdeiros, na declaração final do espólio (art. 23 da Lei n.º 9.532/1997 e art. 130 do RIR).

Além disso, tecnicamente, quem seria o efetivo contribuinte da incidência do Imposto de Renda pela prática do fato gerador nessa transmissão de bens seria o espólio, mas não os sucessores propriamente ditos, pois estes, por atribuição do legislador, são os responsáveis tributários, inteligência do inciso II, do art. 131, do CTN.

Portanto, reconhecido um acréscimo patrimonial tal, no momento da transferência *causa mortis* dos bens aos sucessores, é cristalino que, quando a disponibilidade econômica ou jurídica se revela para o espólio passa a ser possível a incidência do Imposto de Renda.

6. RECEPÇÃO PELOS SUCESSORES DOS BENS ORIUNDOS DA HERANÇA PELO VALOR DE AQUISIÇÃO

Pôde-se extrair da literalidade do art. 23, *caput*, e §1º, da Lei n.º 9.532/1997, do art. 130 do Decreto n.º 9.580/2018 (RIR/2018) e da Instrução Normativa/SRF n.º 84/2001 que, quando da recepção dos bens e direitos adquiridos por herança em razão de *causa mortis*, no patrimônio, podem ser avaliados a valor de mercado ou por valor constante da declaração de bens do *de cujus*. E, durante o inventário, optando, os sucessores, por

declarar os bens pelo valor atualizado, incidirá Imposto de Renda sobre o ganho de capital, relativamente à diferença a maior entre o valor de aquisição do bem (preço original) e o valor atualizado, consoante já mencionado.

Contudo, hipótese contrária também há de ser tratada neste estudo, aquela quando os sucessores recebem e declaram os bens e direitos do instituidor da herança pelo valor de aquisição, sem o reconhecimento de acréscimo patrimonial, visto que tal é mera faculdade daqueles que o recebem.

Assim, quando os herdeiros escolherem por fazer a recepção do bem segundo o valor de aquisição (valor contido na declaração do *de cujos*), não haverá a incidência do Imposto de Renda, mas, tão somente, a incidência do ITCMD, uma vez que foi praticado seu o fato gerador.

Diferente do Imposto de Renda, o ITCMD é um tributo de competência dos Estados e do Distrito Federal que incide sobre duas situações previstas no art. 155, inciso I, da Constituição, quais sejam: quando há transmissão de bens por doação (intervivos) ou pela *causa mortis*. Também, o CTN, em seu art. 35 e seguintes, discorre acerca do tema.

O fato gerador do ITCMD é a transmissão, como já dito nos capítulos anteriores, é mudança na propriedade do bem ou do direito. No caso da herança, ou do legado, essa transmissão ocorre no momento da morte do *de cujus* (MACHADO, 2019).

As suas alíquotas, “assim como os demais elementos formadores da obrigação tributária correspondente, devem ser estabelecidas na lei do ente tributante (Estado ou Distrito Federal)” (MACHADO, 2019). Essa alíquota não excederá os limites fixados em resolução do Senado Federal, que distinguirá, para efeito de aplicação de alíquota mais baixa, as transmissões que atendam à política nacional de habitação (art. 39 do CTN). Por exemplo, para o Estado de Santa Catarina, segundo a Lei n.º 13.136/2004, as alíquotas do IR variam entre o percentual de 1% a 8% (art. 9º).

Outro ponto importante do ITCMD é a base de cálculo, tal qual é o valor venal dos bens transferidos. Isso significa que, o imposto será calculado mediante a aplicação de um percentual (alíquota) sobre o valor venal desses bens transmitidos (art. 38 do CTN) (MACHADO, 2019).

A forma de lançamento desse imposto depende do que dispuser cada lei estadual. Na mesma linha do exemplo mencionado, se a sucessão se der no Estado de Santa Catarina, consoante a Lei n.º 13.136, de 25 de novembro de 2004, o modo de lançamento aqui tratado será por homologação (art. 8), uma vez que é esta a forma do recolhimento do ITCMD no Estado.

Delineado esses pontos atinentes ao ITCMD, salienta-se, ainda, perplexidade que tem o tema estudado, pois mesmo na hipótese de os sucessores optarem receber o bem pelo valor de aquisição originário, para fins de Imposto de Renda, haverá para o mesmo bem dois valores divergentes, quais sejam: o constante na declaração do ITCMD, que será o valor de “mercado”, já que normalmente este imposto é calculado sobre o valor atual do bem, e sobre o qual pagarão esse imposto; e outro, provavelmente menor, contido na declaração de espólio e nas declarações de Imposto de Renda dos herdeiros, que será considerado na apuração de ganho de capital se os herdeiros eventualmente venderem o bem. Portanto, caso os herdeiros escolherem receber o bem pelo valor de “mercado” (o atual), recolhendo o Imposto de Renda sobre o ganho de capital, o valor final será idêntico.

Embora tal análise possa causar estranheza, o fato de o mesmo bem poder ter dois valores diferentes para a hipótese trazida no parágrafo anterior, é totalmente lícito, uma vez que ambos os valores são oficiais e válidos.

Assim, à vista de todas as normas aqui abordadas que dão fundamento e suporte para a situação sobre a qual se permite a incidência do Imposto de Renda objeto deste estudo, pôde-se perceber que há abrangente espaço legislativo, no ordenamento jurídico brasileiro, acerca do Imposto de Renda decorrente da sua criação pelo Poder Constituinte quando da promulgação da Constituição Federal (art. 153, inciso III, da Constituição). Sendo a efetiva instituição de tal imposto, na hipótese de reconhecimento do ganho de capital, pelos sucessores, na transmissão *causa mortis*, ter se dado por meio das Leis n.º 9.532/1997, n.º 7.713/1988 e n.º 5.172/1966 (Código Tributário Nacional), as quais foram produzidas pelo legislador na sua função típica (Poder Legislativo), assim como regulamentado por àquelas regras emanadas pelo Poder Executivo, no exercício da sua função atípica, que também dão fundamento legal ao imposto sobre a renda quando praticado o fato gerador ora estudado, quais sejam, o Decreto n.º 9.580/2018 (Regulamento do Imposto de Renda) e a Instrução Normativa n.º 84/2001 da Secretaria da Receita Federal.

Portanto, na realidade, o que se tem como plano de fundo deste artigo é nada mais que a concreta hierarquia das normas segundo a teoria positivista Kelseniana (pirâmide normativa), no âmbito tributário do Imposto de Renda.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretendeu-se neste estudo analisar e discorrer acerca da possibilidade de, na sucessão hereditária advinda do evento “morte”, durante o processo de inventário, os sucessores do instituidor da herança optarem por recepcionar os bens deixados tanto pelo “valor de mercado” (valor atualizado), quanto pelo valor de aquisição de tais bens (valor originário). Escolhendo, portanto, em transmitir esses bens pelo valor atualizado, será devida a incidência do Imposto de Renda, na porcentagem de 15% sobre o ganho de capital, tudo nos moldes do art. 23 da Lei n.º 9.532/1997, o art. 130 do Decreto n.º 9.580/2018 (RIR/2018) e Instrução Normativa/SRF n.º 84/2001.

Em contexto tal, são improcedentes ações judiciais que objetivam afastar a incidência tributária, como, por exemplo, no Mandado de Segurança 5024054-57.2019.4.04.7201/SC, já mencionado, pois, confirmada a hipótese de incidência pela prática do fato gerador, nasce a obrigação tributária.

Além disso, no decorrer desta pesquisa, esclareceu-se que não são os rendimentos percebidos pelos herdeiros atinentes ao “valor dos bens adquiridos por doação ou herança” (art. 6º, inciso XVI, da Lei n.º 7.713/1988) que se sujeitarão à incidência do Imposto de Renda, pois em tal hipótese a transmissão é não onerosa e gratuita, mas, sim, nas situações em que haja o reconhecimento de disponibilidade econômica nova, o ganho de capital, para aqueles que herdam.

Por ser, a tributação aqui estudada uma faculdade, abordou-se também a hipótese em que os sucessores escolhem receber os bens segundo o valor de aquisição originário (valor contido na declaração do *de cujos*), visto que, consoante já aludido, há faculdade expressa na redação daquelas normas que regem o tema. Procedendo os herdeiros de tal modo, evidenciou-se que não haverá a incidência do Imposto de Renda, porque não houve a ocorrência do seu fato gerador, vez que o que foi praticado, nessa circunstância, foi o fato gerador do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD).

Tendo em vista a hipótese trazida, não há dúvidas que o legislador ordinário, dentro da sua competência, pretendeu definir situação por meio de normas infraconstitucionais, qual seja, a possibilidade de se reconhecer, pelos sucessores, ganho de capital sobre

bens deixados pelo instituidor da herança oriundo da transmissão *causa mortis*, a fim de tributar tal situação incluída pela expressão constitucional *"proventos de qualquer natureza".*

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966a. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997**. Brasília, BRASIL, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9532.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.713**, de 22 de dezembro de 1988. Brasília, BRASIL, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7713.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.580**, de 22 de novembro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9580.htm. Acesso em: 01 maio 2021.

BRASIL (Estado). **Lei nº 13.136**, de 25 de novembro de 2004. Disponível em: http://legislacao.sef.sc.gov.br/html/leis/2004/lei_04_13136.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. **Instrução Normativa nº 84f**, de 2001. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=14400&visao=anotado. Acesso em: 03 nov. 2021.

BRASIL. **Código Civil nº 10.406**, de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 123**, de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 112. Brasília.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.

ATALIBA, Geraldo**. Hipótese de Incidência Tributária**. São Paulo: Malheiros Editores, 2021.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional tributário**. 2021. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502157361/cfi/3!/4/4@0.00:58.5. Acesso em: 03 maio 2021.

MACHADO, Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário**. 11. ed. São Paulo: Atlas Ltda., 2019. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020717/cfi/6/22!/4/350/2@0:40.3. Acesso em: 01 nov. 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2019.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. Salvador: JusPodivm, 2021.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. São Paulo: Saraiva, 2021.

OS IMPACTOS NO ACESSO À JUSTIÇA DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19: UM ESTUDO SOBRE O ATENDIMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA DE JOINVILLE/SC

Henrique Pasqualini Martim[1]

Resumo: Este trabalho busca analisar e compreender os impactos da modalidade de atendimento virtual da Defensoria Pública Estadual de Joinville/SC no direito de acesso à justiça durante a Pandemia de COVID-19. Para tanto, foi realizada uma análise dos Procedimentos de Assistência Jurídica confeccionados entre maio e dezembro do ano de 2019, no âmbito da Defensoria Pública Estadual de Joinville/SC com o atendimento de modo presencial, e no mesmo intervalo de tempo do ano de 2020, durante a Pandemia de COVID-19, no qual os atendimentos foram realizados à distância de modo virtual.

Palavras-chave: Acesso à Justiça; Pandemia de COVID-19; Defensoria Pública de Joinville.

Abstract: This work seeks to analyze and understand the impacts of the virtual assistance modality of the State Public Defender of Joinville / SC on the right of access to justice during the COVID-19 Pandemic. For that, an analysis of the Legal Assistance Procedures made between May and December of 2019 was carried out, within the scope of the State Public Defender of Joinville /SC, with attendance in person, and in the same period of time as in 2020, during the COVID-19 Pandemic, in which the services were carried out remotely in a virtual way.

Key words: Access to Justice; COVID-19 Pandemic; Joinville Public Defender.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em uma análise de como a mudança no atendimento ao público da Defensoria Pública Estadual de Joinville/SC, de presencial para o virtual, influenciou na abrangência e eficácia do atendimento dessa instituição, no período da Pandemia do COVID-19, no ano de 2020.

A realização da referida análise é importante justamente por conta do papel fundamental que a Defensoria Pública Estadual desempenha na garantia do direito de acesso à justiça da população economicamente vulnerável no país. Além disso, o exame do atendimento à distância desse período possibilita um panorama do grau de efetividade do uso da tecnologia no atendimento ao público por um órgão do sistema jurídico.

Para isso, foram utilizadas as metodologias exploratórias e bibliográficas no desenvolvimento do estudo, que foi organizado conforme exposto a seguir.

Em primeiro lugar, foi realizada uma pesquisa teórica sobre o acesso à justiça, exposta no primeiro capítulo e organizada em dois eixos: a história do acesso à justiça no mundo e o histórico do acesso à justiça nas Constituições Brasileiras. No que diz respeito ao primeiro eixo, foi utilizada a teoria das seis ondas renovatórias desse direito, desenvolvidas primordialmente por Cappelletti e Garth em 1988, ao passo que nas Constituições Brasileiras, as Cartas Magnas de 1934, 1946 e 1988 foram as que conferiram maior ênfase ao acesso à justiça.

Por sua vez, na segunda, terceira e quarta parte do artigo se discorre sobre a Defensoria Pública Estadual (DPE) em diferentes aspectos. Isto é, a segunda parte se concentra no papel concedido à DPE pela CF de 1988 e qual foi o contexto político para essa escolha. Em seguida, a terceira parte se concentra na existência tardia da DPE no Estado de Santa Catarina, a justificativa para essa demora e as consequências disso na

1. Advogado Cível inscrito na OAB/SC sob o nº 63.654; Pós-graduando em Direito Digital e LGPD (EBRADI); E-mail: henrique.martim29@gmail.com.

atualidade. Adicionalmente, a quarta parte do artigo se dedica ao funcionamento da DPE em Joinville e as diferenças nos procedimentos adotados do período presencial para o período online.

Por fim, a última parte do trabalho apresenta a pesquisa de campo realizada no núcleo da DPE de Joinville, enunciando seu objetivo, a metodologia utilizada e os resultados encontrados com a averiguação. Os resultados são expostos em gráficos e interpretados nas considerações finais, na qual o artigo é encerrado com a pretensão de convergir teoria e prática e contribuir minimamente para o aprimoramento da plena garantia do direito fundamental do acesso à justiça para a população vulnerável de Joinville/SC.

1. O ACESSO À JUSTIÇA NA PANDEMIA DE COVID-19

O acesso à justiça é um direito fundamental expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que afirma: "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;* " (BRASIL, 1988). Todavia, esse conceito passou por diversas transformações ao longo da história, até chegar ao que consta na atual Constituição Federal Brasileira.

Segundo Cappelletti e Garth (1988, p. 09), o direito ao acesso jurisdicional, nos Estados liberais do século XVIII e XIX, consistia no direito do indivíduo de propor ou contestar uma ação, com o Estado reservado ao papel de não permitir que esse direito fosse infringido por outros. Isto é, apesar de reconhecido como direito natural do indivíduo, não se via a necessidade da promoção do referido direito pelo Estado. Com isso, esse acesso formal era restrito, por exemplo, apenas àqueles que podiam arcar com os custos do processo.

Ao passo que essas sociedades foram aumentando e o liberalismo econômico foi perdendo força, a definição do acesso à justiça e dos direitos fundamentais se alteraram para uma concepção mais coletivista. Assim, com o reconhecimento da atuação positiva dos Estados na promoção dos direitos sociais, surgiu a garantia ao trabalho, à saúde, à segurança material e a educação. Desse modo, o acesso à justiça passou a ser encarado como o mais básico dos direitos humanos, por ser o meio eficaz de reivindicação desses novos direitos (CAPPELLETTI; GARTH,1988, p. 11).

No que diz respeito a história do acesso à justiça no Brasil, se tem pouquíssimas menções a esse direito até o século XIX. Contudo, ainda no período colonial há disposições referentes ao direito das pessoas pobres e miseráveis de terem um advogado, além da alusão a um direito à paridade de armas entre as partes. Por sua vez, os instrumentos normativos mais importantes quanto ao assunto estão datados no século XIX, conforme segue:

> A constituição de 1934, juntamente com a de 1946 e a de 1988, são as constituições mais importantes, no tocante ao acesso à justiça em nosso país, embora tenha vigorado apenas por três anos. Em seu Art. 113, inc, 32, a Magna Carta de 1934 determinou que a União e os Estados concedessem aos necessitados assistência jurídica gratuita, com a seguinte redação: "União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais (Defensorias?) assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos." (SOUZA, 2016).

Ainda segundo Souza (2016), a referida disposição constitucional não teve eficácia à época, pois logo foi outorgada a Constituição de 1937 e iniciado o período ditatorial do

Estado Novo, que retrocedeu quanto ao acesso à justiça no Brasil. Situação essa que só se alterou com a nova Constituição de 1946, após a derrocada de Getúlio Vargas, em conjunto com a promulgação da Lei 1.060, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, vigente até hoje.

No entanto, o período de progresso nessa seara foi novamente interrompido na Constituição de 1967, que "*concentrava todo o poder nas mãos do chefe do Executivo, fazendo do Legislativo e do Judiciário apenas um apêndice daquele*" (SOUZA, 2016). E ainda, no ano seguinte foi instituído o Ato Institucional nº 5, com a restrição de todos os direitos fundamentais, inclusive do *Habeas Corpus* e do direito de ação, que só podia ser exercido após esgotadas todas as instâncias administrativas.

Desse modo, a referida legislação ditatorial se perpetuou no tempo até a década de oitenta, com a promulgação da atual Constituição Federal de 1988, que rompeu com quaisquer resquícios autoritários da Carta Magna anterior. Sobretudo, a supracitada Lei Maior teve como objetivo restituir a democracia no país, e para isso realçou o acesso à justiça como princípio fundamental, por meio da inafastabilidade da Jurisdição, positivado no artigo que abre esse capítulo. Aliás, além do direito de ação, se assegurou a não violação dos direitos ao longo do processo, por meio do princípio da ampla defesa, do contraditório, da garantia do juiz natural, isonomia de partes, entre outros (SOUZA, 2016).

Todavia, há diversos obstáculos para que a previsão constitucional se torne efetiva no mundo real. Dá-se especial atenção a um deles nesse momento: os custos do processo. Bem, apesar de os salários dos servidores da Justiça e os prédios dos Tribunais serem fornecidos pelo Estado, as partes devem arcar com os honorários advocatícios, eventuais custas judiciais e honorários de sucumbência, no caso de perda da demanda. Naturalmente, dentre essas a mais pesada às partes são os honorários advocatícios. Nesse sentido:

> A mais importante despesa individual para os litigantes consiste, naturalmente, nos honorários advocatícios. Nos Estados Unidos e no Canadá, por exemplo, o custo por hora dos advogados varia entre 25 e 300 dólares e o custo de determinado serviço pode exceder ao custo horário (15). Em outros países, os honorários podem ser calculados conforme critérios que os tornem mais razoáveis, mas nossos dados mostram que eles representam a esmagadora proporção dos altos custos do litígio, em países onde os advogados são particulares (16). Qualquer tentativa realística de enfrentar os problemas de acesso deve começar por reconhecer esta situação: os advogados e seus serviços são muito caros (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 18).

Diante do exposto, a própria Constituição Federal trouxe uma solução em seu texto, através da instauração da Defensoria Pública, que, na época, foi prevista da seguinte maneira: "*instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV*" (BRASIL, 1988). Redação essa alterada posteriormente pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014.

Entretanto, o problema dos custos do processo não é o único, e a alternativa dada pela Constituição, no momento de sua promulgação, não garante o acesso à justiça isoladamente. Segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 31), esse direito fundamental passou por três grandes ondas renovatórias ao longo do tempo. Por sua vez, em leitura conjunta com os doutrinadores Kim Economides e Kazuo Watanabe, é possível trabalhar com a existência de seis grandes ondas, visto em seguida (MAIA, 2021).

Em primeiro lugar, tem-se a onda renovatória do acesso à justiça aos pobres, com a criação de instituições de advogados que trabalhavam gratuitamente para propiciar ingresso dos economicamente desfavorecidos às demandas Judiciais. Com o passar do tempo, foi criado uma instituição de advogados pagos pelo Estado para essa função. Aliás, dentro dessa seara há modelos diferentes, como o *judicare*, escritórios remunerados pelos cofres públicos, Defensorias Públicas e modelos combinados (CAPPELLETTI; GARTH,1988, p. 31-48; MAIA, 2021, p. 03).

A segunda onda renovatória trata da representação dos interesses difusos da população, com diversos agentes atuando ao longo da história, como o próprio Governo, um Procurador Geral Privado ou um Advogado Particular do Interesse Público. No Brasil pós Constituição de 1988, a Defensoria Pública cumpre esse papel, por meio da interpretação de vulnerável além da mera questão econômica, mas também organizacional. A referida legitimidade foi reforçada pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei da Ação Civil Pública (CAPPELLETTI; GARTH,1988, p. 49-66; MAIA, 2021, p. 04).

Em seguida, a terceira onda renovatória consiste no entendimento do acesso à justiça como um conceito amplo, muito além do custeio de um advogado para a judicialização de uma demanda. Isto é, diz respeito a promoção da cultura da paz, ao invés da cultura do litígio, se utilizando de métodos de auto composição e de resoluções de conflitos extrajudicialmente. Assim, um exemplo dessa prática é a utilização dos títulos executivos defensorias, por meio da Defensoria Pública (CAPPELLETTI; GARTH,1988, p. 67-73; MAIA, 2021, p. 05).

Em quarto lugar, a onda renovatória analisada por Economides diz respeito ao seguinte: "*é imprescindível facilitar o acesso à educação jurídica e aos valores ético-profissionais, com ênfase na formação em direitos humanos*". Ou seja, a quarta onda nada mais é do que a disseminação do conhecimento jurídico para a sociedade em geral, a fim de criar uma consciência cidadã e evitar futuros conflitos que, eventualmente, seriam judicializados (MAIA, 2021, p. 05).

Por sua vez, a quinta onda renovatória objetiva romper com as limitações estatais do acesso à justiça, através da internacionalização dos direitos humanos. Aliás, esse movimento teve início na segunda metade do século XX, com a criação de órgãos internacionais, como a ONU, após a segunda guerra mundial. Ademais, a Defensoria Pública também atua nessa quinta onda por meio do Defensor Público Interamericano, com a possibilidade de apresentar representações aos órgãos internacionais (MAIA, 2021, p. 06).

Por fim, a sexta e mais recente onda renovatória do acesso à justiça consiste no combate às vulnerabilidades cibernéticas e a exclusão do sistema de Justiça por meio do analfabetismo digital. Ou seja, com a "4ª revolução industrial" causada pela internet e pelas novas tecnologias, o Judiciário tende a acompanhar as novidades a passos largos, ocasionando a exclusão de um grupo de pessoas que não se adaptam às novidades (MAIA, 2021, p. 06).

Aliás, em dezembro de 2019 inicia um evento com dimensões globais que adiantou essa realidade para todo o mundo, muito rápido. Surgiu em Wuhan, província de Hubei na China, uma infestação respiratória aguda causada pelo Coronavírus SARS-CoV-2, com capacidade de transmissão muito alta e possibilidade de distribuição global (BRASIL, 2021). Com isso, no dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde declarou, por meio de seu Diretor-Geral, na Suíça, que a doença causada pelo referido vírus foi

considerada uma Pandemia, por conta de sua transmissão rápida e descontrolada para inúmeros países do planeta, e por esse motivo recomendou:

> Se os países detectam, testam, tratam, isolam, rastreiam e mobilizam sua população na resposta, aqueles com um punhado de casos podem impedir que esses casos se tornem clusters (aglomerados de casos) e esses clusters se tornem transmissão comunitária.
> Mesmo os países com transmissão comunitária ou grandes grupos podem virar a maré contra esse vírus.
> Vários países demonstraram que esse vírus pode ser suprimido e controlado (OPAS, 2020).

Dado o exposto, o Poder Executivo do Brasil declarou Estado de Calamidade Pública no dia 20 de março de 2020 (PLANALTO, 2020), seguido de diversos decretos dos Estados e Municípios, com o intuito de diminuir a circulação de pessoas e a transmissão do COVID-19. A título de exemplo, o Governo de Santa Catarina editou sete decretos sobre o assunto, apenas no ano de 2020 (SANTA CATARINA, 2020).

Desse modo, a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina decidiu adotar, por meio do Ato Conjunto DPG COGER nº 14 de 30 de junho de 2020, no seu art. 9º, o atendimento aos assistidos através de e-mails e telefonemas, a fim de colaborar com o isolamento social e com os esforços para parar a transmissão do vírus. Assim, observa-se que o uso da tecnologia foi uma realidade adiantada pela Pandemia de COVID-19, que obrigou os setores do Poder Público a adotar atendimento de maneira online (MAIA, 2021, p. 06).

No entanto, é evidente a importância do papel exercido pela Defensoria Pública Estadual nesse momento de crise de saúde e econômica do país, nos moldes a seguir:

> Num país em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, com um cenário socioeconômico tão desigual, a Defensoria Pública tem uma razão bastante significativa para existir, especialmente se os setores políticos estiverem efetivamente comprometidos com o projeto normativo delineado pela CF/88, uma vez que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º), além de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (I), “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (III). Somam-se a tais dispositivos inúmeros outros da CF/88 com o mesmo espírito normativo, como é o caso do inciso X do art. 23, o qual estabelece ser competência comum, ou seja, competência material e, portanto, dever constitucional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de “combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos”. Ainda, no dispositivo constitucional de “abertura” do Título da Ordem Social (art. 193), está consignado que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. Ou seja, bem-estar, justiça social e vida digna estão no âmago do nosso texto constitucional, conferindo fundamento e legitimidade para a existência de uma instituição pública com o perfil da Defensoria Pública. (FENSTERSEIFER, 2017, p. 03).

Dessa forma, cumpre à Defensoria Pública, que terá abordagem em detalhes a seguir, combater esse novo dilema do acesso à justiça. Além da utilização de WhatsApp e Telegram por diversas comarcas, houve algumas iniciativas interessantes nesse sentido: o direito ao julgamento presencial de comunidades indígenas no TRF-3, a fim de garantir o direito ao acesso à justiça, dado que a alternativa virtual se mostrava ineficaz; e a

criação de um sistema de Big Data e de um aplicativo, na Defensoria Pública do Rio de Janeiro, a fim de potencializar o atendimento ao assistido à distância (MAIA, 2021, p. 07).

Por esse motivo, é fundamental a análise da atuação dessa instituição durante o período de Pandemia e isolamento social, a fim de verificar os impactos dessa modificação na interação dos assistidos com a Justiça e no acesso aos seus direitos fundamentais.

2. A DEFENSORIA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A priori, o Estado pioneiro a oferecer um serviço governamental de assistência Judiciária no Brasil foi o Estado de São Paulo, em 1935. Esse serviço era prestado pela Universidade São Francisco em cumprimento ao mandamento constitucional do ano anterior, ao passo que foi seguido pelos Estados do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais. Contudo, a experiência mais exitosa nessa seara, antes da CF de 1988, foi no Estado do Rio de Janeiro, Distrito Federal na época, que criou os primeiros cargos de "defensor público" de provimento efetivo, em 1954, no âmbito do Ministério Público (DPE-SC).

No entanto, como essa função era reservada aos Promotores de Justiça no início de carreira, logo ficou evidente um descompasso entre esses e a acusação, formada pelos Promotores mais experientes. Com isso, a fim de evitar esse problema, foi editada a Lei n. 5.111 em 1962, com a criação de duas carreiras paralelas, a dedicada a acusação/fiscal da lei e a dedicada à assistência judiciária aos hipossuficientes/defesa (PASSADORE; BORGES, 2019, p. 02).

Logo, o próximo passo foi a criação de um órgão de Estado separado para a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, ainda subordinado ao Poder Executivo, por meio da Lei Complementar Estadual n. 6/1977. Modelo esse que, futuramente, foi adotado pela Constituição Federal de 1988, em detrimento de outras opções existentes nos demais Estados da Federação (PASSADORE; BORGES, 2019, p. 03).

Aliás, havia uma disputa de modelos para a Defensoria Pública na Constituinte, a respeito:

> Naquele momento de viragem jurídica histórica[1], o *salaried staff* disputava espaço no ordenamento jurídico com demais modelos de assistência jurídica gratuita ofertada pelo Estado brasileiro, entretanto, já fortalecido, se apresentava em três modalidades distintas:
> 1) a que se dava no âmbito das Procuradorias dos Estados Federados, ou seja, no âmbito do órgão compete para a defesa e promoção dos interesses (notadamente administrativos, tributários e fazendários) do ente público federado, onde se criou uma procuradoria especial, voltada ao apoio judiciário dos necessitados, v.g. a Procuradoria de Assistência Judiciária de São Paulo: eram os procuradores do Estado na função de assistência judiciária;
> 2) no âmbito das Secretarias de Justiças, com a criação de órgão voltado para a assistência judiciária realizada por servidores com inscrição na Ordem dos Advogados, por advogados concursados ou, ainda, por advogados contratados, mas com vencimentos fixos, em ambos os casos chamados de advogados de ofício, assim no Estado do Ceará e também na esfera federal;
> 3) no âmbito da Defensoria Pública, como instituição e carreira oriundas do Ministério Público, com a especialização da função de assistência jurídica, através de criação de cargos específicos para o apoio Judiciário, sendo o melhor exemplo a Defensoria Pública do Rio de Janeiro (ROCHA, 2016).

Após muitos debates acerca do tema, com a apresentação de diversos modelos diferentes de Defensoria Pública, sendo as mais notáveis as apresentadas pelos

Deputados Daso Coimbra, Michel Temer e o Senador Ronan Tito, foi escolhido o protótipo da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, pela maioria à época (ROCHA, 2016).

Porém, o texto Constitucional aprovado previu em seu parágrafo único que a instituição seria organizada por meio de Lei Complementar, e por esse motivo os Estados deixaram de constituir os órgãos em seu território. Assim, com o intuito de dar efetividade ao dispositivo da Constituição e mudar essa realidade, foi editada a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, por meio da qual se declarou a autonomia funcional e administrativa das Defensorias Públicas, e fixou a prerrogativa de gerir as suas próprias propostas financeiras (DPE-SC).

E ainda, no ano de 2014, foi editada a importante Emenda Constitucional nº 80, que ficou conhecida como PEC da "*Defensoria para Todos*", que alterou o texto do art. 134, da CF, e lhe adicionou o § 4º. Com as referidas alterações, foi determinada a aplicação das regras da magistratura, inclusive de proposta de lei que afeta a organização da Instituição, à Defensoria Pública, a fim de aumentar a sua autonomia e a independência de seus membros.

Além disso, o seu âmbito de atribuição foi ampliado, com a atuação na defesa dos direitos coletivos, direitos humanos e demandas extrajudiciais, o que coloca a instituição como a principal promotora de direitos aos assistidos, nos moldes das ondas renovatórias propostas por Cappelletti e Garth (1988).

Por fim, a EC nº 80 determinou a implementação de Defensorias em todas as unidades jurisdicionais até 2022, o que ainda não foi cumprido. Isto é, a DPE está presente em todos os Estados da Federação, mas não em todas as comarcas (DPE-SC s.d.; e MIGALHAS, 2021).

3. A EXISTÊNCIA TARDIA (E AUSÊNCIA) DA DEFENSORIA PÚBLICA EM SANTA CATARINA

Ademais, para o melhor entendimento da questão, é fundamental um vislumbre da história da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina, que tem o seu marco inicial na Constituição do Estado, de 1989. No referido documento se estabeleceu que a Defensoria Pública seria exercida por meio da "*Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita*", regulamentada pela Lei Complementar nº 155 de 1997, no qual estabelecia que essa era responsabilidade da OAB/SC. E ainda, em 2007 a Lei Complementar nº 391 criou o Fundo Especial da Defensoria Pública para subsidiar essa prática (DPE-SC).

Contudo, um ano antes, em 2006, surge o Movimento pela Criação da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina, com forte atuação da UNOCHAPECÓ. A conquista mais importante do Movimento foi a mobilização da Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais (ANADEF) e a Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP) para o ajuizamento de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade do modelo de Defensoria Catarinense. Assim, as ADI's nº 3.892 e 4.270 foram julgadas procedentes, e houve a determinação para a imediata estruturação da Defensoria Pública Estadual, nos moldes da Constituição Federal de 1988 e à Lei Complementar nº 80/1994 (DPE-SC s.d.).

Dessa maneira, foram aprovadas a Emenda Constitucional Estadual nº 62/2012 e a Lei Complementar Estadual nº 575/2012, a fim de organizar a nova instituição no Estado Catarinense. Com isso, extingue-se o FUNDEFEN em 2012, que contava com um passivo de R$ 100 milhões de reais, e é lançado o primeiro edital para concurso de defensores públicos, em outubro. Logo, em abril de 2013 o primeiro defensor público é nomeado em

Santa Catarina, junto com mais 44 colegas, distribuídos nas comarcas de Lages, Joinville, Chapecó, Criciúma, Blumenau, Florianópolis e Itajaí (ANADEP, 2016).

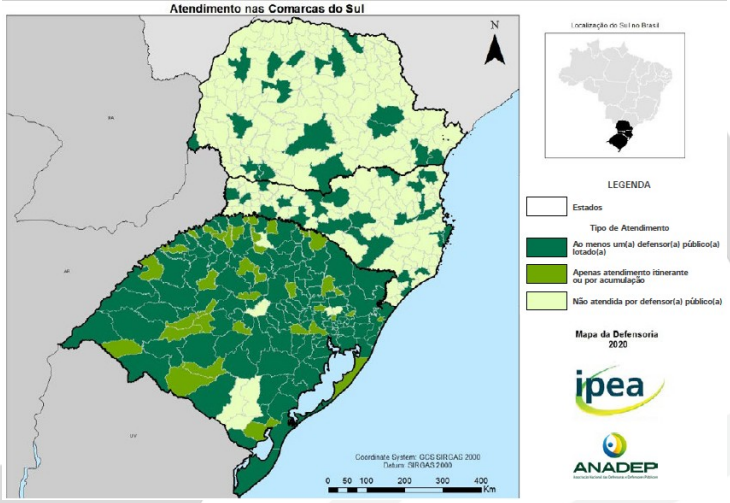
Assim, é evidente que a Defensoria Pública Catarinense foi uma das últimas da categoria a serem instaladas no país e, segundo Thiago de Miranda Queiroz Moreira (2016, p. 22), a justificativa para o atraso diz respeito ao modelo adotado no Estado antes da Constituição de 1988, com advogados particulares exercendo a defesa dativa. Vejamos:

> No terceiro caso estudado, Santa Catarina, a assistência jurídica era integralmente desempenhada por defensores dativos, ou seja, advogados particulares remunerados pelo Estado. Esse é o cenário mais difícil para criação da DPE, pois a OAB constitui uma barreira forte e o projeto da Defensoria não encontra suporte dentro do próprio sistema estadual de assistência jurídica. Não havia uma carreira pública interessada em lutar pela criação da Defensoria Pública no Estado. Sem um ator coletivo inserido no sistema de justiça para defender publicamente a formação da DPE, Santa Catarina parecia ignorar que a Constituição de 1988 previa uma instituição determinada para desempenhar a assistência jurídica (Coutinho, entrevista, 2015; Francisco, entrevista, 2015).
>
> Em tais condições, a DPE catarinense só foi criada em 2013, após uma decisão do STF 32 declarar inconstitucional o modelo estadual de assistência judiciária prestada exclusivamente por advogados particulares. Apesar da criação e do crescimento da Defensoria catarinense nos últimos três anos, o processo de *path dependence* gerado pelo modelo dativo anterior ainda produz efeitos, pois o governo estadual e parte da advocacia continuam buscando alternativas para implantar um novo convênio destinado a disciplinar e remunerar a assistência judiciária realizada por profissionais liberais, algo que, para os defensores, ameaça o desenvolvimento da DPE (Moreira, 2016: 206-18).
>
> Os estudos de caso confirmam, portanto, a hipótese e a adequação do argumento deste artigo. Nos três casos, além dos efeitos produzidos pelos conflitos entre carreiras jurídicas, constata-se que o governo estadual não tinha interesse na criação da DPE quando a assistência judiciária estava a cargo da PGE e/ou da OAB, confirmando a previsão do nosso modelo causal. Entender o problema relativo à criação das DPE's requer, portanto, analisar as disputas políticas entre instituições e atores do sistema de justiça.

Desse modo, em 2021 o Estado ainda sentia os efeitos dessa demora e desinteresse. Isto é, dentre as 111 comarcas catarinenses a Defensoria Pública Estadual está presente em 24 delas. Essa distribuição corresponde a apenas 22% das comarcas contando com um núcleo da DPE. Além disso, a instituição conta com 100 defensores públicos em seu quadro de servidores, de acordo com o site da entidade e o II Mapa das Defensorias Públicas Estaduais e Distritais no Brasil (2021, p. 23).

A referida ausência se observa na comparação com o Rio Grande do Sul, vejamos:

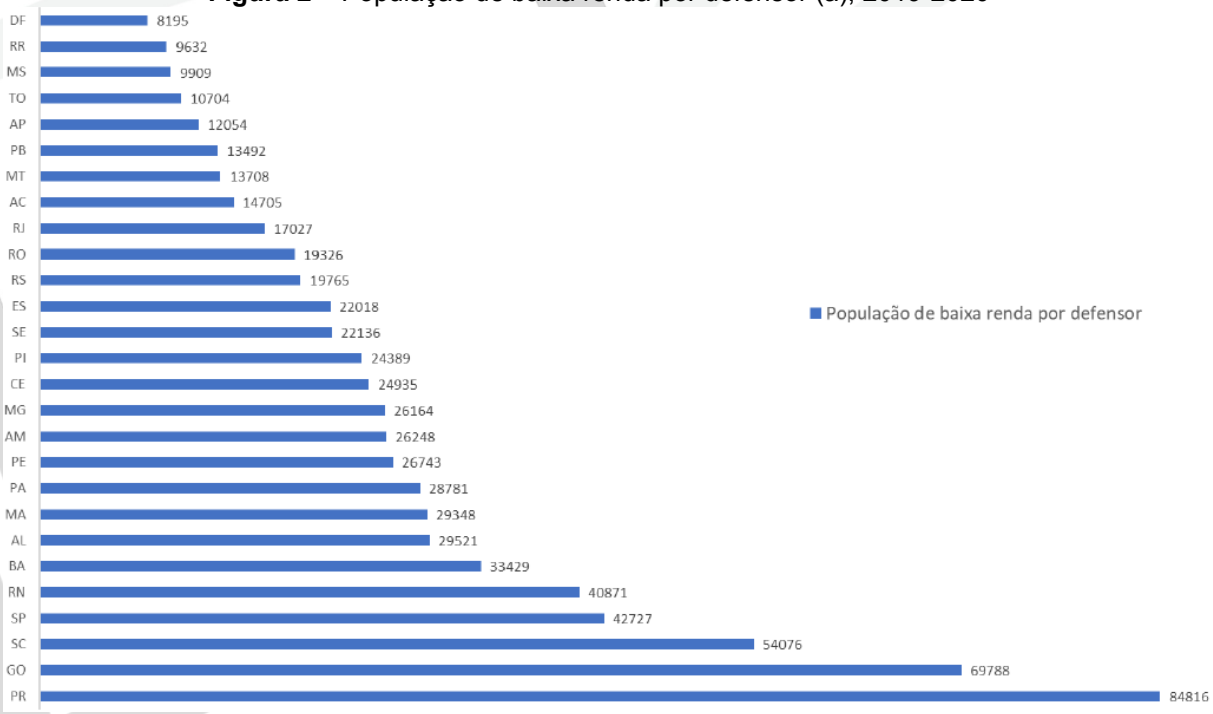
Figura 1 – Atendimento da DPE nas Comarcas do Sul



Fonte: II Mapa das Defensorias Públicas Estaduais e Distritais no Brasil (2021, p. 32).

Analisando o gráfico 1, é possível perceber os efeitos que a demora na instalação do primeiro núcleo da DPE e o modelo adotado antes de sua criação tem impactos no funcionamento da instituição. Ora, a DPE do Estado do Rio Grande do Sul, que oferece uma assistência quase na totalidade do seu território, foi instalada em 1994, 27 anos atrás, enquanto a DPE do Paraná tivera sua instalação em 2011 e a de Santa Catarina no ano de 2013 (DPE-RS, 2021; DPE-PR, 2018).

Figura 2 – População de baixa renda por defensor (a), 2019-2020



Fonte: II Mapa das Defensorias Públicas Estaduais e Distritais no Brasil (2021, p. 46/47)

E ainda, outro indicador importante para a medição do acesso à justiça da população economicamente vulnerável do Estado, é a quantidade de população de baixa

renda por defensor(a) público. Ou seja, qual é a estimativa de pessoas que cada defensor público em atuação teria que atender para que a cobertura da instituição fosse completa no Estado.

Assim, em análise do gráfico 2, observa-se que cada Defensor Catarinense teria que atender um público de 54.076 indivíduos, o que coloca o Estado na antepenúltima colocação do ranking. O referido relatório (2021, p. 42/44) traz como parâmetro ideal a proporção de 1 defensor público para cada 10 mil indivíduos de baixa renda, o que deixa Santa Catarina com um déficit de pelo menos 419 defensores públicos, atrás apenas de Goiás, com déficit de 448 defensores, e do Paraná, em último, precisando de 741 defensores públicos.

4. O FUNCIONAMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM JOINVILLE

O núcleo da Defensoria Pública Estadual de Joinville está localizado na Rua Blumenau, nº 953 e é o segundo maior do Estado, com 14 defensores atuando em todas as matérias da Justiça Estadual Comum, atrás apenas da Capital, que conta com 26 defensores (DPE-SC s.d.).

Dentre as 14 defensorias do núcleo, as competências são distribuídas da seguinte forma, conforme o site da própria instituição (DPE-SC s.d.): 01ª DP e 06ª DP são competentes para ações da fazenda pública e direito bancário; 02ª, 03ª, 04ª e 11ª DP's são competentes para ações de família; 05ª DP é competente para ações de infância e juventude; 07ª, 08ª, 09ª, 10ª e 12ª são competentes para ações criminais e de execução penal; ao passo que a 13ª e 14ª DP's são responsáveis pelas ações cíveis.

Outrossim, o Defensor titular da 11ª Defensoria Pública de Joinville, Dr. Caio Vilas Boas da Costa Pacheco, também é o responsável por supervisionar a Triagem dos processos, que tem enfoque no presente trabalho. Ou seja, quando um assistido procura a Defensoria Pública do Estado em Joinville, o seu primeiro atendimento é feito pelo setor de triagem, que é responsável por analisar a demanda trazida, solicitar os documentos necessários para o eventual ajuizamento de uma ação e, quando houver um conjunto probatório suficiente, distribuir o caso para uma das Defensorias competentes, que dará prosseguimento.

Não apenas, uma das principais atribuições do setor de triagem é verificar se o assistido se encaixa nos parâmetros necessários de atendimento da Defensoria Pública, que tem um público específico, determinado pelo art. 134, *caput*, da Constituição Federal de 1988:

> Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, **aos necessitados**, **na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal**. (Grifo nosso).

Pois bem, com esse fundamento a Resolução CSDPESC nº 15/2014 (DOE nº 19.752 de 5 de fevereiro de 2014), alterada pela Resolução CSDPESC nº 43/2015 e Deliberações CSDPESC nºs 2/2016, 18/2017, 50/2018 e 53/2018, trataram de definir o conceito de "necessitados" para viabilizar o atendimento da DPE de Santa Catarina e estabeleceram quais são as hipóteses de denegação de atendimento pela instituição.

A esse respeito, a referida Resolução elenca no Art. 1º um rol de quatro possibilidades de denegação, sendo eles: "I - não caracterização da hipossuficiência; II -

manifesto descabimento da medida pretendida ou inconveniência aos interesses da parte; III - quebra na relação de confiança; e IV - matéria fora da atribuição de função da instituição. ” Dentre essas hipóteses, a mais recorrente e relevante para esse estudo é a primeira.

Quanto a caracterização da hipossuficiência, a regra geral é a do art. 2º da supracitada Resolução, conforme segue:

> Art. 2º. Presume-se necessitada a pessoa natural integrante de entidade familiar que atenda, cumulativamente, as seguintes condições:
> I - aufira renda familiar mensal não superior **a três salários mínimos federais**;
> II - não seja proprietária, titular de aquisição, herdeira, legatária ou usufrutuária de bens móveis, imóveis ou direitos, cujos valores ultrapassem a quantia equivalente **150 salários mínimos federais**.
> III - não possua recursos financeiros em aplicações ou investimentos em valor superior a **12 (doze) salários mínimos federais**.
> **§ 1º**. Os mesmos critérios acima se aplicam para a aferição da necessidade de pessoa natural não integrante de entidade familiar.
> **§ 2º**. Para os fins disposto nessa Resolução, entidade familiar é toda comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar e que se mantém pela contribuição de seus membros.
> **§ 3º**. Renda familiar é a soma dos rendimentos brutos auferidos mensalmente pela totalidade dos membros da entidade familiar, maiores de dezesseis anos, excluindo-se os rendimentos concedidos por programas oficiais de transferência de renda e de benefícios assistenciais, bem como o valor comprovadamente pago a título de contribuição previdenciária oficial. (...) (Grifos do autor).

Portanto, os indivíduos que procuram o núcleo da DPE e não se enquadram nesses parâmetros, e nem nas exceções dos parágrafos do artigo, tem o seu atendimento denegado, com direito a recurso administrativo no prazo de 15 dias, conforme art. 15º. Além disso e das outras três hipóteses que o art. 1º traz, há denegações de atendimento por conta da competência da Defensoria Pública da União, que tem um núcleo na cidade.

4.1. Atendimento Presencial em 2019

A partir do exposto sobre o funcionamento geral do núcleo da Defensoria Pública Estadual em Joinville, é evidente a necessidade de analisar o procedimento de atendimento de modo mais aprofundado, para que seja possível uma arguição de sua eficiência nos dois períodos propostos. Ressalta-se que as informações a seguir foram obtidas a partir de relatos do próprio Defensor Público responsável pelo setor e com as servidoras concursadas.

Em 2019, quando o atendimento era presencial, eram distribuídas entre 70 e 100 senhas diariamente para os assistidos (de acordo com o tamanho da equipe, dado a alta rotatividade de estagiários), conforme a ordem de chegada. O núcleo abria às 12h30 para distribuição de senhas e os atendimentos do dia perduravam até às 16h30, os quais eram realizados por 7 estagiários e 2 servidoras concursadas, sob supervisão do Defensor Público responsável. Eventualmente, quando todos os assistidos do dia não eram atendidos até às 16h30, os atendimentos restantes eram realizados pelas servidoras concursadas.

Assim, a cada novo atendimento era aberto um PAJ – Procedimento de Assistência Jurídica, no qual constava uma ficha com as informações pessoais e socioeconômicas do assistido, um relato de seu problema e os documentos solicitados para o seu caso. Logo, quando o assistido já estivesse munido de todas as documentações necessárias para o prosseguimento do seu caso, e se enquadrasse nos parâmetros de atendimento, os

funcionários do setor providenciavam o agendamento de um horário com o Defensor Público que lhe atenderia, para os próximos passos de sua demanda.

Por sua vez, caso o assistido não estivesse com os documentos necessários, poderia comparecer no núcleo às sextas-feiras a tarde para a entrega, no qual seria recebido e conferido por um dos estagiários. Desse modo, quando trouxesse todos, também seria encaminhado para um dos Defensores Públicos do Núcleo. Por esse motivo, era muito difícil um eventual arquivamento de PAJ decorrente de demora na entrega de documentos, cenário esse que foi alterado com o atendimento à distância, conforme demonstrado a seguir.

4.2. Atendimento Online em 2020

Com o advento das restrições de circulação para evitar o contágio pelo COVID-19, em março de 2020, os atendimentos presenciais da Defensoria Pública Estadual foram suspensos até que ocorresse o refreamento da Pandemia. Todavia, como a instituição não tinha experiência em atendimento à distância até o momento, do começo de março até final de abril houve atendimento online apenas para casos urgentes, até que a instituição adotasse um método adequado de atendimento conforme os parâmetros Estaduais. Tendo isso em vista, o presente trabalho tem como recorte os meses de maio a dezembro dos anos de 2019 e 2020.

Logo, foi decidido pelo Ato Conjunto DPG COGER nº 14 de 30 de junho de 2020, no seu art. 9º, que o atendimento nesse período seria realizado através de e-mail e telefone, nos moldes a seguir:

> Art. 9º. **Durante a fase do inciso I do artigo 1º deste Ato Conjunto, o atendimento inicial à distância e de retorno à distância dos assistidos e das assistidas da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina funcionará por meio de telefone e e-mail.** (...) (Grifo nosso).

É importante frisar, inclusive, que os atendimentos desse período eram feitos por 6 estagiários e 2 servidoras concursadas, sob supervisão do Defensor Público responsável.

Desse modo, os assistidos levavam as suas demandas até a Defensoria através do e-mail, e após a análise realizada pelos atendentes, lhes era encaminhado o formulário de atendimento, que era preenchido por todos aqueles que desejavam o atendimento da DPE. O referido formulário era limitado a 20 respostas por dia, e nele eram colocados os dados pessoais do assistido, sua situação socioeconômica e a descrição do seu problema, com o telefone da instituição à disposição para eventuais dúvidas no procedimento ou para casos excepcionais.

Com isso, dava-se início à elaboração do Procedimento de Assistência Jurídica – PAJ, com o encaminhamento da lista de documentos para o assistido providenciar no prazo de 10 dias, sob pena de arquivamento do PAJ aberto. Ou seja, caso não fosse encaminhado todos os documentos necessários para o eventual ajuizamento da ação, dentro de 10 dias, o assistido teria que preencher um novo formulário, para iniciar novamente o processo. Assim, houveram diversos arquivamentos pela demora na resposta dos assistidos.

A fim de trazer luz ao funcionamento da triagem, mostra-se relevante que se discorra ainda mais sobre a dinâmica de atendimento que era realizada. Nesse ínterim, quando os assistidos preenchiam o formulário do *Google* que lhes era encaminhado, os dados eram automaticamente lançados em uma planilha do *Excel*. Com isso, o estagiário

que estava responsável pelos 20 atendimentos daquele dia colhia as informações dessa planilha e a reproduzia em outra, no qual se dava início ao PAJ efetivamente.

Segue um modelo com dados fictícios para exemplificar como era a planilha de PAJ's:

Figura 3 – Dados gerais da triagem

DADOS GERAIS		
PAJ Online	Data	Atendente
2020/0001	01/05/2020	Lucas
2020/0002	01/05/2020	Lucas
2020/0003	01/05/2020	Lucas

Fonte: Elaborado pelo autor (2021)

Figura 4 – Dados do assistido do PAJ 1 a 3

DADOS DO ASSISTIDO						
Assistido	E-mail	Telefone	Área de Atuação	Assunto	Urgência	Defensoria Pública
João da Silva	joaosilva@gmail.com	(47) 998765432	Cível	Guarda, visitas e alimentos	Não	11ª DP
Maria Fernandes	mariafernandes01@gmai	(47) 912345678	Cível	Defesa (família)	Sim	03ª DP
Larissa Shimidt	schmidtlari@gmail.com	(48) 9 65432981	Criminal	Defesa	Sim	09ª DP

Fonte: Elaborado pelo autor (2021)

Figura 5 – Dados do atendimento do PAJ 1 a 3

DADOS DO ATENDIMENTO			
Situação	Distribuído	Data Baixa	Observação
Distribuído	Sim	15/05/2020	
Arquivado	Não	10/05/2020	Excedeu o prazo de 10 (dez) dias.
Denegado	Não	08/05/2020	Sem hipossuficiência.

Fonte: Elaborado pelo autor (2021)

Os dias da semana em que cada servidor atenderia o público eram determinados com revezamento, organizado pelo Defensor Público supervisor da Triagem.

Além disso, o estagiário que estava responsável pelos atendimentos do dia, devia responder todos os e-mails que eram enviados para a Defensoria naquele dia, elucidando as dúvidas, encaminhando formulários e direcionando às demandas. Nos demais dias, os estagiários deviam acompanhar apenas os PAJ's em que fizeram o primeiro atendimento, com a verificação do recebimento dos documentos diariamente. Por esse motivo que foi estabelecido o limite de 10 dias para o envio da documentação, pois a cada semana os estagiários acumulariam mais assistidos a serem verificados, tornando inviável à longo prazo.

Por fim, quando a lista de documentos estava completa, eram remetidos ao *Google Drive*, oportunidade em que eram conferidos pelas servidoras. Caso não houvesse nenhuma inconsistência, eram todos mandados à Defensoria Pública que daria continuidade aos trabalhos. Assim, observa-se que a dinâmica de trabalho era basicamente por meio das ferramentas online do *Google*, para trabalho conjunto.

A posteriori, essa dinâmica mudou no ano de 2021 (o que não é objeto do presente artigo), com a possibilidade de atendimento presencial ou online, no qual o agendamento é feito pelo "sistema de agendamento online", diretamente no site da Defensoria Pública Estadual, com a seguinte regra: "*será disponibilizado o período máximo de 15 (quinze) dias de agenda; a cada semana encerrada, será disponibilizada, no primeiro dia útil*

seguinte (segunda-feira, em regra), até as 12h, mais uma semana de agenda". (DPE-SC, 2021).

5. PESQUISA DE CAMPO REALIZADA NA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL DE JOINVILLE

Diante da análise do exposto até o momento, com ênfase na diferença entre a forma em que o atendimento da Defensoria Pública Estadual de Joinville era feito presencialmente e de maneira online, decidiu-se fazer uma pesquisa de campo comparativa entre os dois períodos. Isto é, um levantamento de todos os PAJ's abertos entre maio e dezembro de 2019 e 2020, e a contabilização do número de distribuições, denegações e arquivamentos por mês, além dos dados sobre o tipo de matéria demandada e os bairros em que os assistidos residem.

5.1. Objetivos da pesquisa

Assim, a pesquisa projetou propiciar um panorama de como funcionou o atendimento online da Defensoria Pública em Joinville, durante a pandemia de COVID-19 no ano de 2020, em comparação ao ano de 2019, no qual o atendimento foi presencial. Como consequência, pretendeu-se obter conclusões que possibilitasse uma reflexão sobre o acesso à justiça na cidade de Joinville, visando o aprimoramento da prestação do serviço e parâmetros para a atuação do Poder Público nessa seara, inclusive sobre como a tecnologia pode ser utilizada na triagem das demandas.

Em outras palavras, o presente artigo ambiciona fazer o diagnóstico de uma situação que ocorreu num período específico e com condições peculiares, e comparar esse resultado com uma conjuntura anterior de normalidade, a fim de evidenciar as principais diferenças e os impactos no direito de acesso à justiça.

5.2. Metodologia e obtenção de dados

A fim de trazer caráter científico para a pesquisa, os métodos utilizados para a coleta de dados de atendimento cedidos pela Defensoria Pública Estadual foram o empírico, exploratório e bibliográfico.

Ou seja, quanto aos dados do ano de 2019, o núcleo de Joinville da Defensoria Pública Estadual havia feito a estatística até o início da Pandemia. Desse modo, o trabalho consistiu em analisá-los e organizá-los de modo visual. Nesse ponto, é importante ressaltar uma pequena inconsistência nos dados apresentados pelas estatísticas da DPE, no qual o total de matérias demandadas não corresponde com o total de PAJ's distribuídos em nenhum dos meses do ano de 2019. Porém, a falha é de pequena repercussão, dado que o mês de maior diferença fica abaixo de 100 PAJ's a distância.

Ao passo que no ano de 2020, dado que os atendimentos se concentravam nos e-mails, não havia um controle quantitativo dessa demanda. Assim, foi necessário a análise de 3.022 Procedimentos de Assistência Jurídica distribuídos em duas planilhas, de maneira manual, apenas com o auxílio das funcionalidades das planilhas de *Excel*, para obtenção dos resultados.

Sem dúvida a quantificação das distribuições, denegações e arquivamentos por mês foi facilitada, uma vez que esses dados foram transferidos da planilha preenchida pelos assistidos para planilha preenchida pelos servidores da DPE, e assim tinham um grau de exatidão maior. Portanto, através do uso da fórmula "CONT.SE" foi possível a

obtenção desses dados com confiabilidade. Ainda, quanto ao tipo de matéria demandada, foi possível utilizar a mesma fórmula do *Excel* para contabilizar por qual Defensoria foi direcionado o processo, dado que as defensorias são organizadas por competência.

Contudo, no que diz respeito a análise dos bairros em que os assistidos residem, encontrou-se mais dificuldade, pois essa informação não era transferida para a segunda planilha. Logo, foi necessário fazer a contagem diretamente da planilha com as informações dos formulários preenchidos pelos próprios assistidos, que muitas vezes continham erros de ortografia, principalmente no bairro “Boehmerwald”, impossibilitando o uso da fórmula. Não somente, haviam preenchimentos de bairros que não existem formalmente, mas que pertencem ao conhecimento popular da cidade, como o “Escolinha” e o “Estevão de Mattos”.

Com isso, a solução encontrada foi isolar a coluna que continha a informação dos bairros de cada mês e lhes organizar em ordem alfabética, para que fosse possível a “contagem manual”, com a utilização da seleção de células do *Excel*, no qual mostra a quantidade selecionada.

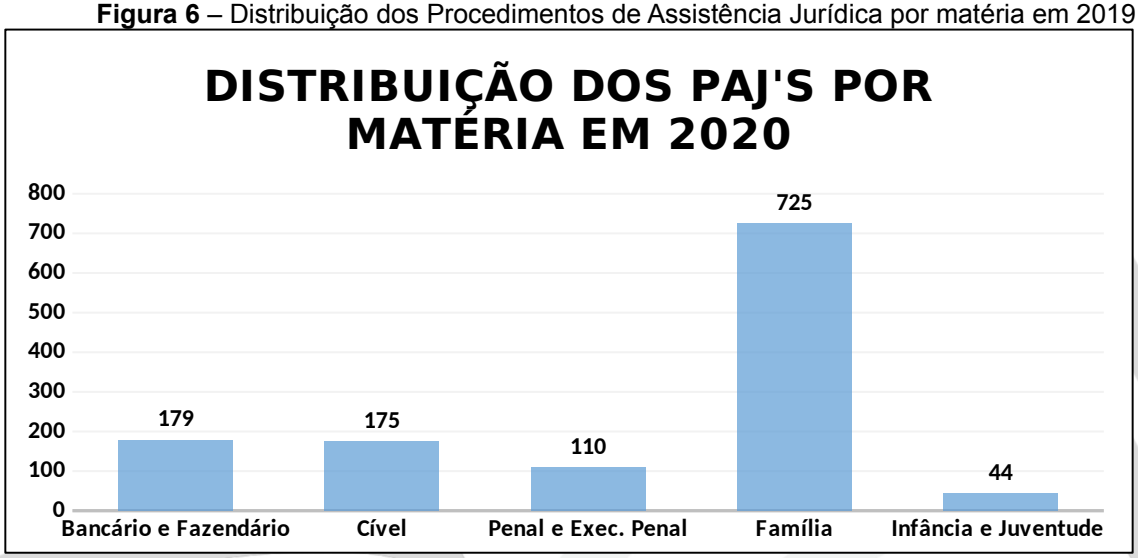
Por meio dessas técnicas de extração dos dados da planilha foi possível conseguir toda a estatística com exatidão. Portanto, essas informações foram distribuídas em tabelas, e transformadas em gráficos, que serão expostos a seguir.

5.3. Resultados

A priori, serão analisadas quais foram as matérias mais demandadas pelos assistidos, dos PAJ’s distribuídos, no ano de 2019 e 2020. Em seguida, serão apresentadas as estatísticas da destinação das demandas, como distribuição, arquivamento, atendimento, retorno e denegações, com o mesmo recorte de dois anos. Finalmente, mostrar-se-á os resultados referentes a localização dos assistidos dentro da cidade, com a identificação de quais áreas mais demandam a Defensoria Pública Estadual de Joinville.

Em análise do gráfico 6, observa-se que a matéria mais demandada em 2019 foi na seara de família, com 4.296 PAJ’s distribuídos. Ao passo que a área com menor demanda do ano foi Infância e Juventude, com apenas 595 PAJ’s distribuídos em 8 meses de verificação. Não somente, o referido gráfico comprova a tendência das médias mensais, que são as seguintes: 180 PAJ’s de Bancário e Fazendário; 197 PAJ’s em matéria Cível; 136 na seara Penal e de Execução Penal; 537 na esfera de Família; e, 74 nos casos de Infância e Juventude.

Figura 6 – Distribuição dos Procedimentos de Assistência Jurídica por matéria em 2019

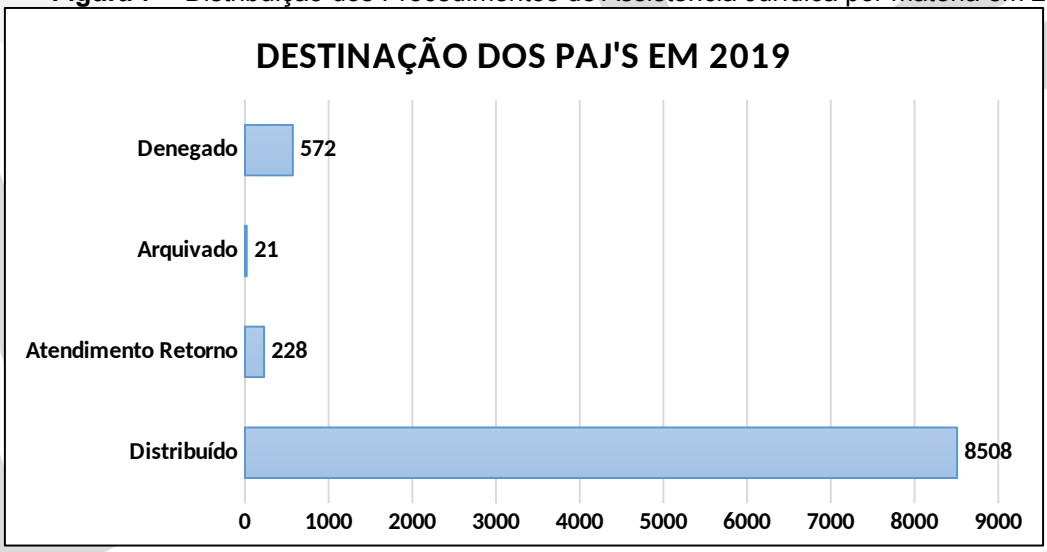


Fonte: Elaborado pelo autor (2021)

Por sua vez, ao observar o gráfico 7, referente ao ano de 2020, quando o atendimento se deu de maneira virtual, é evidente uma drástica redução na quantidade de PAJ's distribuídos por matéria. A título de maior esclarecimento, vejamos em percentual o quanto as distribuições de 2020 representam em relação a distribuição de 2019: Bancário e Fazendário - 12,38%; Cível – 11,10%; Penal e Execução Penal – 10,09%; Família – 16,87%; e, Infância e Juventude – 7,39%.

Todavia, a tendência de maior demanda nos casos de família e a menor nos casos de infância e juventude permanece em ambos os anos, o que também se verifica nas médias mensais: 22 PAJ's de Bancário e Fazendário; 22 PAJ's em matéria Cível; 14 na seara Penal e de Execução Penal; 91 na esfera de Família; e, 5 nos casos de Infância e Juventude.

Figura 7 – Distribuição dos Procedimentos de Assistência Jurídica por matéria em 2020



Fonte: Elaborado pelo autor (2021)

Superado esse ponto, concentra-se na destinação que os Procedimentos de Assistência Jurídica tiveram no ano de 2019, o que é representado pela figura 8. Assim, é possível verificar que o mês em que houve maior procura e maior distribuição de casos foi o mês de julho, com 1.384 demandas totais, e 1.229 PAJ's distribuídos. Ao passo que o período do ano com menor demanda foi o mês de dezembro, com apenas 600 distribuições.

Além disso, outro ponto que merece destaque é a quantidade de assistidos que tiveram sua demanda efetivamente distribuída para a eventual resolução. Isto é, com exceção de dezembro, foram mais de 1.000 assistidos por mês durante 7 meses do ano, com um número baixíssimo de arquivamentos.

Figura 8 – Destinação por mês dos Procedimentos de Assistência Jurídica no ano de 2019

DESTINAÇÃO	MAIO
Distribuído	1053
Atendimento Retorno	18
Arquivado	7
Denegado	123

DESTINAÇÃO	JUNHO
Distribuído	1013
Atendimento Retorno	21
Arquivado	4
Denegado	89

DESTINAÇÃO	JULHO
Distribuído	1229
Atendimento Retorno	63
Arquivado	1
Denegado	91

DESTINAÇÃO	AGOSTO
Distribuído	1216
Atendimento Retorno	55
Arquivado	1
Denegado	70

DESTINAÇÃO	SETEMBRO
Distribuído	1163
Atendimento Retorno	48
Arquivado	1
Denegado	57

DESTINAÇÃO	OUTUBRO
Distribuído	1118
Atendimento Retorno	21
Arquivado	1
Denegado	48

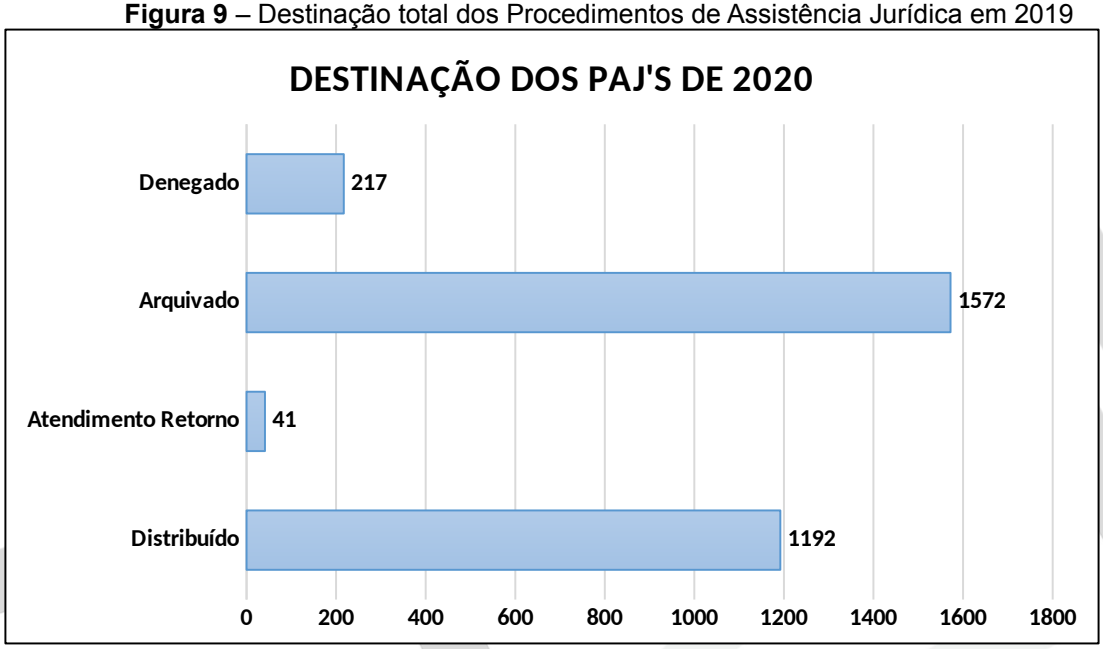
DESTINAÇÃO	NOVEMBRO
Distribuído	1116
Atendimento Retorno	2
Arquivado	5
Denegado	59

DESTINAÇÃO	DEZEMBRO
Distribuído	600
Atendimento Retorno	0
Arquivado	1
Denegado	35

Fonte: Elaborado pelo autor (2021)

Conforme mencionado alhures, no gráfico se tem um panorama geral das destinações dos PAJ's no ano de 2019. Destaca-se que apenas 21 PAJ's foram arquivados em 8 meses, o que representa 0,24% do total que poderia ser distribuído (denegados não são considerados).

Figura 9 – Destinação total dos Procedimentos de Assistência Jurídica em 2019



Fonte: Elaborado pelo autor (2021)

Por seu turno, em 2020 a realidade do atendimento é outra, como se extrai da figura 10. Ora, as distribuições dos Procedimentos de Assistência Jurídica ficaram entre 79, no mês de dezembro com a menor distribuição do ano, até 183 PAJ's, no mês de junho com a maior distribuição do período. Ou seja, em média, a distribuição de 2020 representou aproximadamente 14% dos casos distribuídos em 2019, o que é uma queda muito relevante.

Figura 10 - Destinação por mês dos Procedimentos de Assistência Jurídica no ano de 2020

DESTINAÇÃO	MAIO
Distribuído	134
Atendimento Retorno	11
Arquivado	122
Denegado	23

DESTINAÇÃO	JUNHO
Distribuído	183
Atendimento Retorno	6
Arquivado	183
Denegado	34

DESTINAÇÃO	JULHO
Distribuído	179
Atendimento Retorno	7
Arquivado	209
Denegado	28

DESTINAÇÃO	AGOSTO
Distribuído	162
Atendimento Retorno	3
Arquivado	221
Denegado	35

DESTINAÇÃO	SETEMBRO
Distribuído	160
Atendimento Retorno	2
Arquivado	224
Denegado	28

DESTINAÇÃO	OUTUBRO
Distribuído	155
Atendimento Retorno	6
Arquivado	219
Denegado	18

DESTINAÇÃO	NOVEMBRO
Distribuído	140
Atendimento Retorno	4
Arquivado	229
Denegado	27

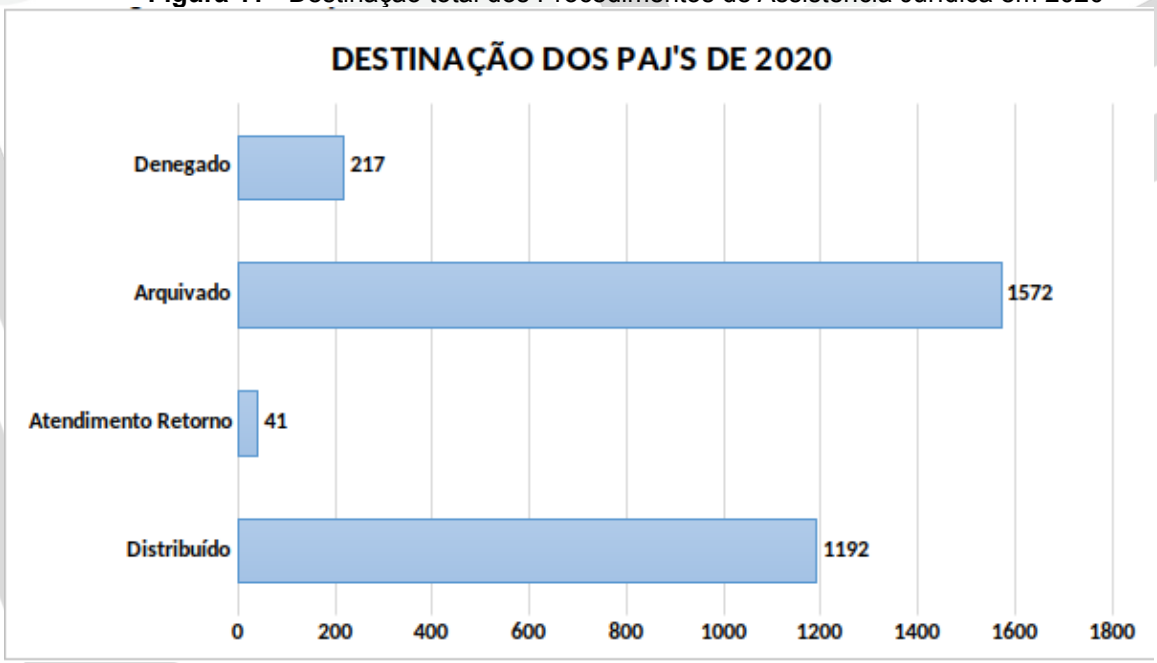
DESTINAÇÃO	DEZEMBRO
Distribuído	79
Atendimento Retorno	2
Arquivado	165
Denegado	24

Fonte: Elaborado pelo autor (2021)

No entanto, o que realmente chama a atenção na leitura da figura 10 e da figura 11 são os números de arquivamentos de PAJ's desse período. Porquanto, dentre os 8 meses analisados na pesquisa, apenas no mês de maio de 2020 que o número de PAJ's arquivados não foi igual ou superior ao número de PAJ's distribuídos. Em outras palavras, a maioria dos assistidos que buscaram auxílio jurídico da Defensoria Pública Estadual de Joinville, no ano de 2020, não conseguiram ultrapassar a primeira etapa do atendimento na primeira tentativa.

Sem dúvida, é ainda mais visível esse panorama a partir da análise da figura 11, que mostra os números absolutos da destinação dos PAJ's do ano de 2020. Com isso, se observa que houveram 380 arquivamentos a mais do que distribuições de PAJ's, nesse período. Ao passo que, quanto as denegações e atendimentos retorno à proporção se manteve quase a mesma do ano anterior.

Figura 11 - Destinação total dos Procedimentos de Assistência Jurídica em 2020

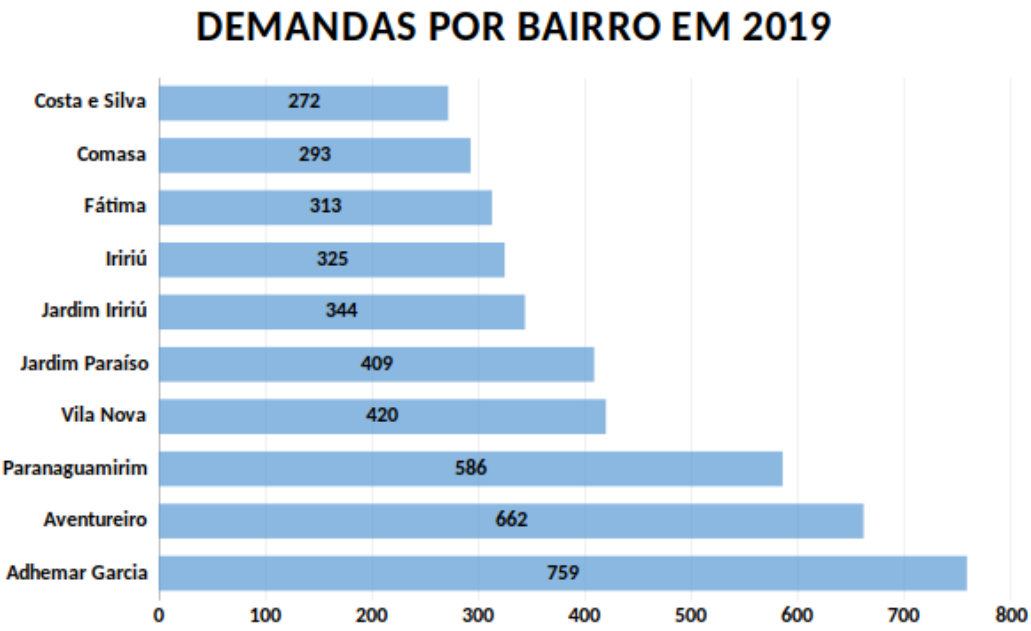


Fonte: Elaborado pelo autor (2021)

Em conclusão, observa-se os dados referentes a localização dos assistidos dentro da cidade, a fim de verificar quais bairros têm mais demanda dos serviços da Defensoria

Pública Estadual. Na Figura 12 se vê os 10 bairros com a maior demanda do ano de 2019.

Figura 12 – Os 10 bairros com maior demanda à DPE no ano de 2019

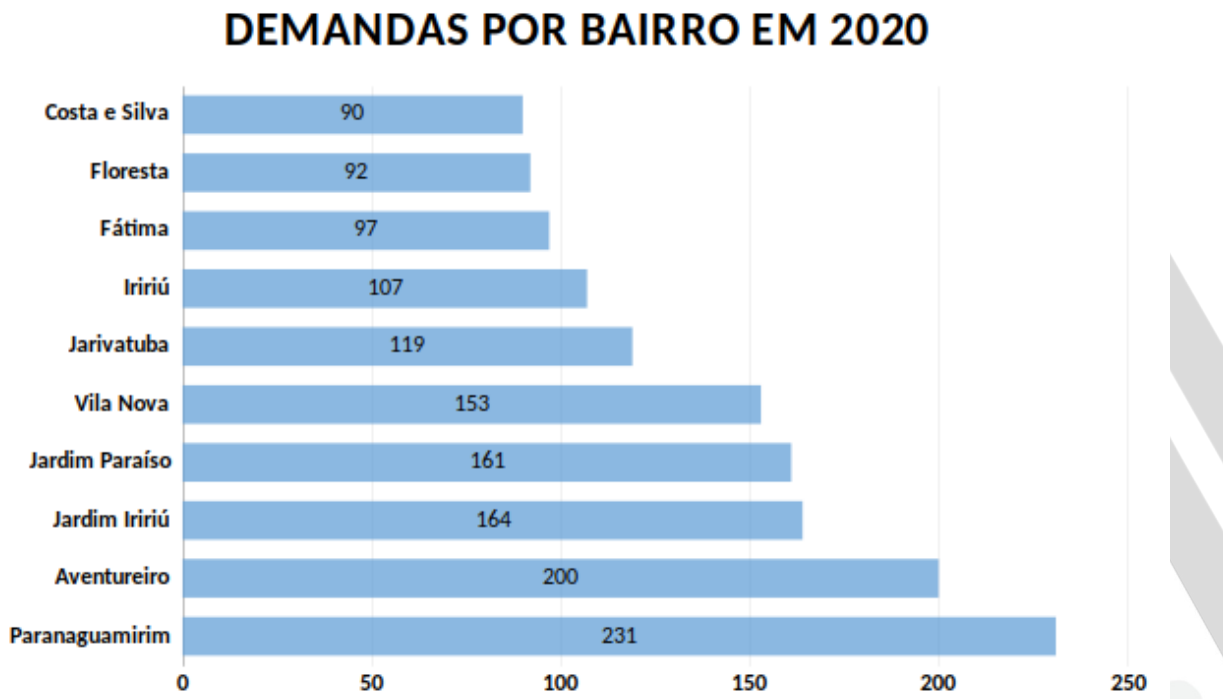


Fonte: elaborado pelo autor (2021)

Em análise dos dados, os dois bairros que mais chamam a atenção na lista são o Adhemar Garcia e o Fátima, por serem bairros pequenos em comparação aos demais. A título de exemplificação, o Costa e Silva que ficou em 10º lugar no número de demandas, é o 3º maior bairro da cidade, com 29.678 habitantes estimados (SAAVEDRA, 2021), ao passo que o Adhemar Garcia, o bairro que mais teve PAJ's distribuídos no ano, está em 26º na lista referente a quantidade de população, com 10.510 habitantes estimados. Por sua vez, o bairro Fátima é o 13º maior bairro da cidade, com 15.465 habitantes estimados. Aliás, os demais 8 bairros são os mais populosos de Joinville, contendo mais de 20.000 habitantes cada um.

Outrossim, quanto a distribuição dos bairros da figura 12 nas zonas geográfica da cidade de Joinville, seguindo a divisão estabelecida pelas subprefeituras da cidade (JOINVILLE, 2017), as zonas que merecem a maior atenção Estatal são a Leste e a Sudeste, com 3 representantes cada uma: o Comasa, Iririú e Jardim Iririú na zona Leste, e o Adhemar Garcia, o Fátima e o Paranaguamirim na zona Sudeste. Por outro lado, a zona Nordeste da cidade ficou em segundo lugar com o Aventureiro e o Jardim Paraíso. Finalmente, o Centro/Norte e a zona Oeste com apenas um bairro, sendo o Costa e Silva e o Vila Nova, respectivamente.

Figura 13 - Os 10 bairros com maior demanda à DPE no ano de 2020



Fonte: Elaborado pelo autor (2021)

Em seguida, quando se analisa a figura 13, outro fator é ressaltado de pronto, que é a quantidade muito inferior da demanda dos bairros, situação que já foi evidenciada nos gráficos anteriores. Logo, observa-se que o bairro com a maior demanda de 2020, o Paranaguamirim, com 231 PAJ's distribuídos, tem distribuição inferior que o último lugar da lista de 2019, que é o Costa e Silva com 272 PAJ's encaminhados. Nessa conjuntura, os bairros que se destacam são o Fátima (15. 465 habitantes) e o Jarivatuba (13.748 habitantes) que estão na 13º e 18º colocação na lista de bairros por população, respectivamente.

Quanto à distribuição dos bairros da figura 13 nas zonas geográficas de Joinville, dessa vez, a zona Sudeste merece um foco maior, com 4 representantes no top 10 de maiores distribuições de 2020, com o Adhemar Garcia, Fátima, Jarivatuba e Paranaguamirim. Em seguida, a zona Leste, com os bairros Iririú e Jardim Iririú; e a zona Nordeste, com o Aventureiro e Jardim Paraíso. Por fim, com apenas um bairro cada um, estão a zona Centro/Norte, zona Oeste e zona Sul da cidade, com os seguintes bairros, respectivamente: Costa e Silva, Vila Nova e Floresta.

Ainda, observa-se que apenas a zona Sudoeste de Joinville, que é formada pelos bairros Morro do Meio (13.103 habitantes), Nova Brasília (15.424 habitantes) e São Marcos (2.982 habitantes), não teve nenhum bairro nas supracitadas listas em ambos os anos.

Portanto, em análise aos resultados expostos, se verificou que o método escolhido para a realização da triagem das demandas na Defensoria Pública Estadual do núcleo de Joinville, durante o ano de 2020, não foi eficaz, em comparação ao ano anterior. Em outras palavras, o método de atendimento por e-mail e telefone foi menos abrangente no atendimento diário, e muito mais dificultoso para os assistidos sem instrução digital, uma vez que o número de PAJ's arquivados em 2020 foi quase 75 vezes maior do que em 2019.

É importante lembrar que a população periférica da cidade, em geral, não é hipossuficiente apenas economicamente, mas também no que diz respeito ao grau de escolaridade. Isto é, segundo o último Censo realizado em Joinville, no ano de 2010, 51,6% (132.649 habitantes) da população acima de 25 anos de idade, residente em domicílios particulares, não tinham o ensino médio completo (IBGE, 2010).

Portanto, um método de atendimento exclusivamente digital causa a exclusão dessa população menos familiarizada com esse meio. Ainda mais quando o público alvo do atendimento é justamente esse grupo de pessoas, o que foi observado na presente pesquisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de todo o exposto, é possível tecer algumas reflexões finais sobre o direito de acesso à justiça e seu contexto no Município que foi objeto da referida pesquisa.

O direito fundamental do acesso à justiça existe no Brasil, é garantido pelo Estado e tem sua abrangência ampliada desde a Constituição de 1988. Nesse sentido, a Defensoria Pública Estadual (DPE), responsável pela grande maioria das demandas da Justiça Comum, tem papel central na garantia desse direito. Todavia, conforme demonstrado na terceira parte do presente artigo (*vide* figura 1 e 2), o Estado de Santa Catarina tem um histórico de baixo investimento nessa instituição, com uma abrangência reduzida em comparação aos outros Estados da Federação.

Além do mais, é evidente que a sexta onda renovatória do acesso à justiça já é uma realidade brasileira e foi acelerada pela pandemia do COVID-19, ocasionando a exclusão de um grupo de pessoas que não puderam se adaptar às novidades tecnológicas. Com isso, embora a DPE garanta o direito de acesso à justiça da população hipossuficiente, apesar da sobrecarga dos servidores em SC, os resultados da pesquisa de campo realizada no âmbito deste trabalho indicam que o método de atendimento ao público adotado pela Defensoria Pública Estadual foi ineficaz para a plena prestação desse serviço no período inicial da Pandemia, de maio a dezembro do ano de 2020.

Conforme sinalizam os resultados da pesquisa e as possíveis inferências que se podem realizar a partir dela, a utilização da tecnologia resultou, potencialmente, em uma diminuição do número de atendimentos realizados e distribuídos, ocasionando uma possível relativização do direito fundamental do acesso à justiça e a sua precariedade nesse intervalo de tempo.

No entanto, é importante esclarecer que a análise foi feita a partir de apenas um aspecto possível da realidade, que foi a quantificação e qualificação dos Procedimentos de Assistência Jurídica (PAJ) no período de dois anos. Ou seja, não foram consideradas as circunstâncias subjetivas do atendimento aos assistidos, entre outras variáveis, que são muito relevantes nessas situações, dado que o pleno acesso dos cidadãos ao serviço jurídico humanizado vai muito além de apenas eficiência numérica do trabalho.

Por fim, os resultados expostos na pesquisa de campo refletem que a plataforma adotada pela Instituição nesse período não teve um funcionamento ideal ao propósito de ampliar e efetivar o direito de acesso à justiça, mas em nada maculam a competência dos profissionais que estão à serviço da Defensoria Pública Estadual de Joinville/SC.

Ressalta-se, nesse contexto, que estes profissionais colaboraram com o desenvolvimento do presente trabalho, cedendo o seu tempo e disponibilizando dados sobre o atendimento, além de terem ensinado o autor do artigo no período de estágio na DPE no ano de 2020. Portanto, registram-se aqui os elogios e os agradecimentos do

autor deste trabalho aos profissionais da instituição durante o período pesquisado, em especial ao Defensor Público Dr. Caio Vilas Boas da Costa Pacheco.

REFERÊNCIAS

ALVES, Waldir. **12 Estados reduziram o número de defensores públicos em 2020**, 15 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/338918/12-estados-reduziram-o-numero-de-defensores-publicos-em-2020>. Acesso em: 19 de junho de 2021.

ANADEP – Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos. **Histórico: Santa Catarina dá posse ao primeiro Defensor Público-Geral integrante da carreira**. Distrito Federal, 19 de setembro de 2016. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk /pagina/materia?id=29931>. Acesso em: 07 de setembro de 2021.

BRASIL. Casa Civil. **Medidas adotadas pelo Governo Federal no combate ao coronavírus**. Brasília, 30 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2020/abril/medidas-adotadas-pelo-governo-federal-no-combate-ao-coronavirus-29-de-abril>. Acesso em: 24 de junho de 2021.

BRASIL. **Constituição** (1988). Brasília, 5 out 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 de junho de 2021.

BRASIL. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; ANADEP - Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos. **II Mapa das Defensorias Públicas Estaduais e Distritais no Brasil**. Brasília/Rio de Janeiro, agosto de 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **"O que é a Covid-19?"**. Brasília, 08 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o-coronavirus>. Acesso em: 23 de junho de 2021.

BRASIL. Planalto. **Entra em vigor estado de calamidade pública no Brasil: Em sessão virtual inédita, Senado Federal reconheceu pedido enviado na quarta-feira (18) pelo presidente da República, Jair Bolsonaro**. Brasília, 20 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2020/03/entra-em-vigor-estado-de-calamidade-publica-no-brasil>. Acesso em: 24 de junho de 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública na Constituição Federal**. Grupo GEN, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530975937/>. Acesso em: 19 de junho de 2021.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Amostra – Educação: Joinville**. Censo, 2010. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/joinville/pesquisa /23/22469?detalhes=true>. Acesso em: 21 de outubro de 2021.

JOINVILLE, Prefeitura de. **Mapas das regiões de abrangência das Subprefeituras do Município de Joinville**. Joinville, 27 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.joinville.sc.gov.br/publicacoes/mapas-das-regioes-de-abrangencia-das-subprefeituras-do-municipio-de-joinville/>. Acesso em: 05 de setembro de 2021.

MAIA, Maurilio Casas. Defensoria pública e acesso à ordem jurídica justa (K. Watanabe): transversalidade em 6 (seis) ondas renovatórias do acesso à justiça. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 134. Ano 30. p. 427-458. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2021.

MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. **A criação da Defensoria Pública nos Estados: conflitos institucionais e corporativos no processo de uniformização do acesso à justiça**. 40º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Ciências Sociais – ANPOCS, São Paulo, setembro de 2016.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. **OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia**, 11 de março de 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/news/11-3-2020-who-characterizes-covid-19-pandemic>. Acesso em: 23 de junho de 2021.

PARANÁ. Defensoria Pública. **Defensoria Pública do Paraná: 7 anos de muita história e orgulho**. Paraná, 18 de maio de 2021. Disponível em: <**Erro! A referência de hiperlink não é válida.**>. Acesso em: 07 de setembro de 2021.

PASSADORE, Bruno de A; BORGES, Talitha Viegas. **Novos lugares da Defensoria Pública na democracia Brasileira**. Congresso Nacional das Defensoras e Defensores Públicos. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite /cms/conteudo/42539/Novos_Lugares_da_Defensoria_P_blica_na_Democracia_(.pdf>. Acesso em: 16 de junho de 2021.

ROCHA, Bheron. Defensoria Pública autônoma é escolha consciente e coerente da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. **Empório do Direito**, 10 de maio de 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/defensoria-publica-autonoma-e-escolha-consciente-e-coerente-da-assembleia-nacional-constituinte-de-1987-1988-por-bheron-rocha>. Acesso em: 17 de junho de 2021.

SAAVEDRA, Jeferson. **Joinville atualiza estimativa de população por bairros; veja lista**
Estimativa de população por bairro. NSC Total, 21 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.nsctotal.com.br/colunistas/saavedra/joinville-atualiza-estimativa-de-populacao-por-bairros-veja-lista>. Acesso em: 05 de setembro de 2021.

SANTA CATARINA. Defensoria Pública. **História da Defensoria Pública no Brasil e no Estado de Santa Catarina**. Disponível em: <http://defensoria.sc.def.br/historia-da-

defensoria-publica -no-brasil-e-no-estado-de-santa-catarina/#page-content>. Acesso em: 21 de junho de 2021.

SANTA CATARINA. Defensoria Pública. **Resolução CSDPESC nº 15/2014, 29 de janeiro de 2014 e Resolução CSDPESC nº 43/2015, de 02 de dezembro de 2015**. Disponível em: <http://defensoria.sc.def.br/wp-content/uploads/2020/09/Resolu%C3%A7%C3%B5es-CSDPESC-n%C2%BA-15-2014-e-43-2015-Denega%C3%A7%C3%A3o-de-Atendimento-2.pdf>. Acesso em: 18 de junho de 2021.

SANTA CATARINA. Defensoria Pública. **Ato Conjunto DPG/COGER nº 14,** 30 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.diariomunicipal.sc.gov.br/arquivosbd/atos/2020/06/1593790388_ato_conjunto_dpg_coger_n_14_de_30_de_junho_de_2020.pdf>. Acesso em: 18 de junho de 2021.

SANTA CATARINA. Legislação. **Decretos – Coronavírus**. Santa Catarina, 2020. Disponível em: <https://www.coronavirus.sc.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 24 de junho de 2021.

SCHAFER, Camila. **Defensoria Pública do RS completa 27 anos e lança novo vídeo institucional**. Defensoria Pública. Rio Grande do Sul, 19 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.defensoria.rs.def.br/defensoria-publica-do-rs-completa-27-anos-e-lanca-novo-video-institucional>. Acesso em: 07 de setembro de 2021.

SOUZA, Michel F. de. A história do acesso à Justiça no Brasil. **Âmbito Jurídico**, 01 de junho de 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-149/a-historia-do-acesso-a-justica-no-brasil/>. Acesso em: 15 de junho de 2021.

GEOBLOCKING E *GEOPRICING* COMO PRÁTICAS NOCIVAS AO TRATAMENTO DE DADOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Horan Bortolotti Czernay[1]

Resumo: O objetivo do presente artigo é compreender a evolução dos aspectos legais presentes no ordenamento jurídico brasileiro, com vistas ao combate em face das práticas de *geoblocking* e *geoprincing*, que consistem no bloqueio de oferta, serviços e alteração de preços aos consumidores, de acordo com a geolocalização. É analisada a evolução do *e-commerce* no Brasil, a fim de estabelecer um critério temporal entre o início das relações de consumo via internet e a introdução das legislações regulamentadoras, fundamentado sob discurso teórico constitucional sobre o tema. O problema apresentado consiste na tardia vigência da Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, que ofereceria maior eficiência na regulação das condutas de *geoblocking* e *geoprincing*. Por fim, analisa-se a ação civil pública (ACP) n.º 0018051-27.2018.8.19.0001, em trâmite perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, embora o referido processo ainda esteja em andamento, elucida-se como o Poder Judiciário está manejando o enfrentamento destas práticas. Conclui-se que, embora a extensão do Código de Defesa do Consumidor tenha efetividade para estabelecer sanções às práticas de *geoblocking* e *geoprincing*, se houvesse a publicação da LGPD na época do ajuizamento da demanda analisada, haveria uma possível redução na reincidência destas práticas nas relações de consumo virtuais. Finalmente, o método de pesquisa é hipotético-dedutivo, de interpretação sistemática, com aprofundamento explicativo.

Palavras-chave: *Geoblocking*; *Geopricing*; *E-commerce*; LGPD e Direito do Consumidor.

Abstract: This article aims to understand the evolution of legal aspects present in the Brazilian legal system, with a view to combat against the geoblocking and geoprincing practices, which consist of blocking offers, services and changing prices to consumers, according to geolocation. The evolution of e-commerce in Brazil is analyzed in order to establish a temporal criterion between the beginning of consumer relations by the internet and the introduction of regulatory legislation, based on constitutional theoretical discourse on the subject. The problem presented is the late validity of the General Data Protection Law - LGPD, which would offer greater efficiency in the regulation of geoblocking and geoprincing conducts. Finally, the public civil action (ACP) no. the Judiciary is managing the confrontation of these practices. It is concluded that, although the extension of the Consumer Defense Code is effective to establish sanctions for geoblocking and geoprincing practices, if there was the publication of the LGPD at the time of filing the analyzed demand, there would be a possible reduction in the recurrence of these practices in relations of virtual consumption. Finally, the research method is hypothetical-deductive, of systematic interpretation, with explanatory depth.

Keywords: Geoblocking; Geopricing; E-commerce; LGPD e Consumer Law.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo compreender a evolução dos aspectos legais presentes no ordenamento jurídico brasileiro, com vistas ao combate em face das práticas de *geoblocking* e *geoprincing*, nas relações do consumo virtuais, que consistem no bloqueio de ofertas, serviços ou alteração de preços, aos consumidores, de acordo com sua a geolocalização.

É importante salientar que o âmbito do presente artigo é, além de analisar a (i)legalidade da prática de *geoblocking* e *geoprincing*, consiste também em apresentar um critério para definição destas práticas, bem como qual legislação seria aplicável, na

1. Advogado inscrito na OAB/SC sob o n.º 62.859. Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). Pós-Graduando em Direito Público pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI), vinculada à Universidade São Judas Tadeu. Coordenador do Núcleo de Estudos Jurídicos Avançados da Associação Gente. Foi Pesquisador Bolsista do Programa Iniciação Científica da Univille do Projeto Teoria do Direito e Hermenêutica Jurídica: As Escolas Antiformalistas e o Pós-positivismo (PIC/POSJUR - 2019/2020). E-mail: horan.abc@hotmail.com; (47) 98869-6893.

medida em que, tratando-se de relações de consumo pela rede mundial de computadores, tem-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, em especial, os critérios que estabelecem os direitos básicos do consumidor, bem como a vedação à discriminação de preços e publicidade entre consumidores nacionais e estrangeiros, previstos no referido diploma legal.

Nesse sentido, a fim de atingir o objetivo proposto, é analisado os autos da ação civil pública (ACP) sob o n.º 0018051-27.2018.8.19.0001, em trâmite perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, embora o referido processo ainda esteja pendente de decisão definitiva transitada em julgada, discorre em linhas gerais como é caracterizada a prática de *geoblocking* e *geoprincing*, e quais seriam as possíveis condenações decorrentes dessa prática, tanto na esfera administrativa, quanto no âmbito judicial.

A justificativa quanto à temática desdobra-se na perspectiva de elucidar a hipótese de transgressão coletiva e ofensa aos interesses difusos dos consumidores, em especial, no atual cenário onde coincidem o aumento dos usuários de internet e o avanço das práticas comerciais de forma eletrônica, gerando novas perspectivas no que tange à proteção de dados pessoais fornecidos pelos consumidores.

Nesse sentido, os objetivos específicos do presente trabalho podem ser apresentados a partir da estrutura do artigo: (i) expor os resultados do aumento dos usuários de internet e, consequentemente, da compra ou prestação de serviços no *e-commerce*; (ii) compreender, sistematicamente, o necessário amparo dos consumidores na condição de hipossuficientes nas relações comerciais, à luz da criação dos microssistemas de proteção ao consumidor, e sua extensão à proteção de dados; (iii) apresentar a definição de *geoblocking* e *geoprinciping*, sobretudo expondo quais seriam as justificativas para o exercício destas práticas no *e-commerce*; e, consequentemente, (iii.i) avaliar as possíveis sanções impostas pelos órgãos administrativos fiscalizadores e perante o Poder Judiciário.

1. A EVOLUÇÃO MERCADOLÓGICA DO *E-COMMERCE* NO BRASIL

Atualmente, é notório o aumento do acesso à internet no Brasil. Cada vez mais, a sociedade possui diversas formas de se conectar, principalmente, com a facilidade para o uso dos *smartphones* e a necessidade de seu emprego para integração social, bem como para utilização no ambiente de trabalho. Segundo dados apresentados pelo Ministério das Comunicações, atualmente, 82,7% (oitenta e dois vírgula sete por cento) dos domicílios brasileiros estão conectados à internet. Sendo o telefone celular a principal ferramenta para que os usuários brasileiros se conectem, correspondendo à 99,5% (noventa e nove vírgula cinco por cento) do acesso à internet (BRASIL, 2021).

Deste modo, segundo Teixeira (2021), ao comparar os dados de acesso entre 2000 e 2012, concluiu que a porcentagem de usuários de internet no país aumentou, aproximadamente, 1.500% (mil e quinhentos por cento), considerando apenas o acesso de 70,6% (setenta vírgula seis por cento) dos brasileiros. Outra linha comparativa de pesquisa resultou que o acesso à internet, em comparação ao número de habitantes conectados, o Brasil encontra-se na 5ª (quinta) posição no ranking dos países com acesso à rede mundial de computadores. Sendo apenas ultrapassado por China, índia, Estados Unidos e Indonésia, que possuem uma densidade demográfica consideravelmente maior em comparação ao Brasil (TEIXEIRA, 2021).

Deste modo, é inevitável elencar o acesso à rede mundial de computadores com o avanço das práticas comerciais na via eletrônica, comumente denominado como *e-*

commerce. Na definição de Coelho (2012) o comércio eletrônico é a venda de produtos que podem ser de natureza física ou virtual, ou então a prestação de determinado serviço, a ser realizado em ambiente virtual, cuja oferta e celebração do contrato também é formalizada virtualmente, por intermédio da receptação de dados, isto é, pode ser tanto pela internet quanto fora dela, uma vez que o meio eletrônico se traduz no suporte à qualquer informação, como fotografias, músicas, contratos, que se dispõe numa sequência binária.

O comércio no seu sentido amplo, não é algo recente. Assim, o *e-commerce* trata-se de um aprimoramento tecnológico das transações comerciais via internet, que possibilitou interligar uma cadeia negocial global. Conforme explica Teixeira (2021, p. 27):

> Compreendemos que o comércio eletrônico nada mais é do que uma extensão do comércio convencional, o qual existe há milênios. Num primeiro momento realizado por meio de trocas *in natura* (produtos não industrializados); mais tarde com a aquisição de produtos utilizando outros como se fossem moeda, especialmente o sal e o gado. Posteriormente, pela aquisição de bens pela utilização de moedas metálicas e em papel, sem prejuízo da utilização do crédito.

Ainda sobre a contemporaneidade do comércio eletrônico, aduz Pinheiro (2007, *apud* TEIXEIRA, 2021, p. 10):

> [...] o comércio via uso da eletrônica não é algo tão recente, isso porque o comércio eletrônico não se restringe às operações realizadas pela internet, mas contempla outros meios eletrônicos como as transmissões por fax, as transferências bancárias, a compensação de cheques, o uso do cartão de crédito. No entanto, atualmente o comércio eletrônico permite que não apenas a concretização do negócio seja eletrônica, mas a apresentação dos contratantes aconteça eletronicamente, bem como a formação da documentação comprobatória.

Nesse sentido, os dados da evolução do comércio eletrônico cresceram não somente quantitativamente, mas também ao ponto de influenciar diversos ambientes digitais, de forma multidisciplinar. Conforme salienta Zuliani (2012, *apud* TEIXEIRA, 2021, p. 10):

> Comércio eletrônico não se refere tão somente à venda e compra de produtos e prestação de serviços com fins lucrativos em ambiente digital, mas envolve também as relações entre órgãos do Poder Público, negócios entre particulares e entre empresas e consumidores.

Portanto, evidencia-se na atualidade, conforme explica Schwab (2016, *apud* Guimarães, 2019, p. 88), "uma quarta revolução industrial", cujo escopo central é o aumento de acesso à dados virtuais em menor tempo possível. Porém, como salienta Teixeira (2020), a cultura do *Big Data*, que coleta dados de forma extraordinariamente massiva, evidenciou uma hipossuficiência ao detentor de dados.

Trata-se, na explicação de Han (2020), ao fundamentar o andamento da sociedade à uma era de domínio digital de vigilância e empobrecimento da liberdade, que denominou de psicopolítica digital, tem-se que o *Big Data*, possui o condão de se tornar um instrumento de dominação. Nas palavras de Han (2020, p. 23):

> Os big data são um instrumento psicopolítico muito eficiente, que permite alcançar um conhecimento abrangente sobre dinâmicas de comunicação social. Trata-se de

> um conhecimento de dominação que permite intervir na psique e que pode influenciá-la em um nível pré-reflexivo. [...] Os big data tornam possíveis prognósticos sobre o comportamento humano. Dessa forma, o futuro torna-se previsível e controlável.

Com a expansão do *Big Data*, englobando dados pessoais dos usuários de internet, o presente cenário propicia maiores condições para que haja práticas de geodiscriminação. Conforme explica Guimarães (2018, p. 93):

> Sob este prisma, tendo em vista a potencialização e a maior disseminação de tais práticas de geodiscriminação graças à expansão do *big data* e dos algoritmos, tem ficado cada vez mais claro que tais condutas podem gerar (e de fato têm gerado) um série de efeitos nefastos à economia e aos consumidores.

No entanto, a problemática aqui apresentada reside no vício de consentimento dos usuários da rede mundial de computadores, para aceitarem o compartilhamento de dados pessoais aos provedores de internet. Estes que podem utilizar do tratamento dos dados recebidos para práticas abusivas nas relações de consumo virtuais, no que tange ao oferecimento e disponibilização de ofertas, pois "no comércio eletrônico, considera-se feita a oferta no momento em que os dados disponibilizados pelo empresário em seu website ingressam no computador do consumidor" (COELHO, 2012, p. 67).

Nessa esteira, como será abordado adiante, umas destas práticas irregulares constatadas na oferta do comércio eletrônico consistem nas denominadas práticas de *geoblocking* e *geopricing*. Assim, faz-se necessário, antes disso, identificar quais são as vigentes formas de proteção aos direitos consumeristas, em especial, vinculando à proteção de dados no Brasil.

2. OS (MICROS) SISTEMAS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR PREVISTOS NO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispôs de uma notória dedicação sobre os aspectos da ordem econômica e financeira, sobretudo no que tange os princípios gerais da atividade econômica. Nos termos do *caput* do artigo 170, da Constituição Federal, tem-se que a ordem econômica é estabelecida "na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (BRASIL, 1988).

Nesse viés, a ordem econômica cumpriria o papel de positivar a valorização dos princípios econômicos, mas também elencando a dignidade da pessoa humana, inserida no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Nas palavras de Fiorillo (2014, p. 37):

> A ordem econômica em nosso direito positivo é fundada tanto na valorização do trabalho humano como na livre-iniciativa. A finalidade da ordem econômica, conforme reza o art. 170 da Constituição, é exatamente assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social e em face de uma série de princípios regrados na Carta Magna (incisos I a IX). Assim, as pessoas humanas possuem também, em decorrência do que estabelecem os princípios gerais da atividade econômica, a garantia de uma existência digna. É clara, portanto, a sintonia do art. 1o, III, com o art. 170, caput, da Carta Maior.

Sob essa narrativa, tem-se que os fundamentos da ordem econômica da República Federativa do Brasil nasceram sob uma perspectiva de viés capitalista, principalmente, na

visão da livre-iniciativa amparada ao livre-mercado. Todavia, para Canotilho *et al* (2018, p. 1900) “tem-se dito, de forma equivocada, que esse fundamento da livre iniciativa na República Federativa do Brasil é de uma livre-iniciativa ampla, total e irrestrita”. Trata-se de uma interpretação equivocada.

Embora a livre iniciativa esteja vinculada aos princípios fundamentais da República, especificamente, no artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), é importante frisar que o referido dispositivo, conforme Canotilho *et al* (2018), é composto pela proposição conjuntiva ‘e’, onde conecta os valores sociais do trabalho, juntamente com a livre iniciativa, devendo sempre gerar responsabilidade social nas relações mercantis.

Portanto, o referido dispositivo constitucional não deve ser interpretado apenas gramaticalmente[2]. A atividade hermenêutica deve ir além. Deve-se exercer uma interpretação sistemática dos valores sociais do trabalho, conjuntamente com a livre iniciativa, estabelecidos pelo disposto no art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal, juntamente com os direitos fundamentais, isto é, na concepção de Müller (1999, p. 67) “os direitos fundamentais [...] em virtude da sua aplicabilidade imediata, eles carecem de critérios materiais de aferição que podem ser tornados plausíveis a partir do seu próprio teor normativo”.

Nessa esteira, a ordem econômica teve o devido cuidado de perceber os problemas e combatê-los. Destas dificuldades, está a fragilidade do consumidor nas relações mercantis, em especial, na sua identificação e caracterização como hipossuficientes, razão pela qual a ordem econômica disposta no art. 170, inciso V, da Constituição Federal, tem como princípio a defesa do consumidor. Nesse sentido:

> O reconhecimento da fragilidade do consumidor no mercado está ligado à hipossuficiência técnica: ele não participa do ciclo de produção e, na medida em que não participa, não tem acesso aos meios de produção, não tendo como controlar aquilo que compra de produtos e serviços; não tem como fazê-lo e, na medida em que não tem como fazê-lo, precisa de proteção. (CANOTILHO *et al*, 2018, p. 1901).

Diante disso, tem-se que diante do texto constitucional, os riscos inerentes à atividade econômica devem reconhecer a hipossuficiência dos consumidores, impedindo aqueles que desenvolvem produtos ou serviços transfiram os riscos aos consumidores (CANOTILHO *et al*, 2018).

Assim, em atendimento à necessidade de regulamentação de uma norma de eficácia limitada disposta no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988)[3], tem-se a criação de normas infraconstitucionais de proteção ao consumidor, em especial, a Lei n. 8.078/90, denominado Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, é possível relacionar a defesa do consumidor juntamente com os comandos constitucionais, principalmente, no que tange aos princípios da dignidade da pessoa humana e a ordem econômica. Para Nunes (2018 *apud* MARTINS, 2021, p. 426):

> As leis de proteção ao consumidor decorrem dos princípios fundamentais constitucionais, máxime da dignidade da pessoa humana: com efeito, o que a lei

2. Nessa linha de raciocínio, as normas do direito constitucional, em especial, as de direitos fundamentais, não estão aptas à interpretação gramatical, isso porque, para Müller (1999, p. 63) as “prescrições referentes a direitos fundamentais, e.g. a liberdade de domicílio e a liberdade da ciência, a liberdade de ir e vir [...] estão abstraídas em graus diferentemente elevados na linguagem”.
3. Art. 5º, XXXII, CRFB/88: o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

> consumerista faz é tornar explícitos, para as relações de consumo, os comandos constitucionais. Dentre estes destacam-se os Princípios Fundamentais da República, que norteiam todo o regime constitucional e os direitos e garantias fundamentais.

Portanto, tratou-se de uma opção política do poder constituinte originário, cujo resultado criou o conjunto de normas e, consequentemente, as instituições constitucionais (ROBLES, 2005) que integrou o desenvolvimento da atividade econômica, como compromisso inafastável, os valores sociais do trabalho como integrantes do conceito constitucional de dignidade da pessoa humana (CANOTILHO *et al*, 2018).

Nesse contexto, o microssistema de defesa do consumidor, instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, segundo Grau (2017, *apud* GUIMARÃES, 2019, p. 95), representa, atualmente, uma norma que busca organizar e regulamentar o binômio da atividade econômica e a fragilidade do consumidor.

Ato contínuo, embora o cenário jurídico no Brasil ao final de década de 90 e início dos anos 2000 reforçou a necessidade de uma proteção ampla ao consumidor, não houve nessa época uma atenção devida à utilização e proteção de dados fornecidos pelo consumidor, ainda que desvirtuado da rede mundial de computadores.

Nesse viés, foi promulgada a Lei n.º 13.709/2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados, cujo escopo central visa a proteção da privacidade dos cidadãos, seja brasileiro ou estrangeiro, mas que estejam em território brasileiro, cujos dados tenham sidos coletados ou processados (POHLMANN, 2019).

Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro tivesse normas com vistas à proteção de dados, estas, por sua vez, introduziam disciplinas superficiais e quiçá programáticas, que não incrementavam uma regulamentação robusta sobre o uso de dados. Dentre as disposições, elenca-se: a tutela da privacidade, bem como o sigilo de correspondências, comunicações telegráficas e telefônicas, previstas, respectivamente, no art. 5º, inciso X e XII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), e o marco civil da internet, previsto na Lei n. 12.965/2014, que, ainda que de forma superficial e genérica (TEIXEIRA, 2021), dispôs no seu art. 3º, incisos II e III, a disciplina principiológica do uso da internet no Brasil, buscando uma proteção à privacidade e dos dados pessoais (BRASIL, 2014). Segundo Teixeira (2021, p. 225), outras legislações discorriam sobre o tema da proteção de dados:

> Contudo embora existiam disposições legais que toquem no tema da proteção de dados, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, o Marco Civil da Internet, a Lei do Cadastro Positivo, o Código Civil e a Constituição Federal, entre outros diplomas, só agora temos uma norma específica.

É imperativo destacar, outrossim, que a LGPD não foi criada objetivando uma maior tutela jurisdicional ao consumidor e, sobretudo ao detentor dos dados, mas sua disposição inicial tinha finalidade de estabelecer uma conformidade com a legislação internacional, em especial, com o Regulamento Geral de Proteção de Dados (*General Data Protection Regulation* – GDPR) (TEIXEIRA, 2021).

As diretrizes sobre a tutela jurídica de proteção de dados no cenário internacional não é matéria recente. Segundo Teixeira (2021), desde 1970, a Europa possuía regulamentações iniciais, como a Diretiva 95/46/CE que, por sua vez, foi atualizada no ano 2016, pelo Regulamento 2016/679, criando o GDPR. A partir desta regulamentação, houveram inovações sobre a coleta e tratamento de dados e, principalmente, na

instituição de regras para sanções de eventuais violações e descumprimentos. Conforme elucida Pohlmann (2019, p. 23):

> Para começar, o consentimento do titular de dados passou a ser o elemento principal para autorizar a coleta e tratamento de dados. Também o poder de fiscalização e multa, atribuído as autoridades fiscalizadoras chamou a atenção. O descumprimento da GDPR pode acarretar sanções de até 4% do faturamento anual da empresa, ou 20 milhões de euros (o que for mais alto é o limite). Em um ano de vigência, a lei rendeu, em multas, uma soma astronômica de euros.

Para além disso, criou-se o Oficial de Proteção de Dados (*Data Protection Officer* – DPO), que conforme ensina Pohlmann (2019), foi uma conexão por intermédio de uma interface, entre o titular dos dados e a empresa que os detêm, ou então a autoridade fiscalizadora, oportunizando um melhor controle sobre o uso de dados pessoais. Assim, tem-se que o objetivo da rigidez do controle de dados, se evidencia "da necessidade de evitar os abusos na coleta ou no processamento das informações dos usuários (POHLMANN, 2019, p. 23).

Nessa esteira, segundo Teixeira (2021), a GDPR foi o manancial para influenciar o Brasil, e também vários outros países, à aprovação de normas de proteção aos dados. Em verdade, para Pohlmann (2019), é notório que a adequação do Brasil à proteção de dados, foi implementada, a fim de evitar embargos econômicos nos negócios junto com os países Europeus.

Diante disso, é notório que os efeitos da GDPR envolveram aspectos econômicos, sociais e políticos. Conforme Pinheiro (2021, p. 10) buscou-se "trazer mecanismos de controle para equilibrar as relações em um cenário de negócios digitais sem fronteiras". Portanto, o *e-commerce* ainda é um terreno fértil para aplicação da LGPD, em especial, a proteção de dados pessoais dos consumidores (TEIXEIRA, 2019).

Diante de todo arcabouço legal que elenca o microssistema de defesa às práticas consumeristas, faz-se necessário analisar a prática de *geoblocking* e *geoprincing* e verificar, ao caso concreto, como as referidas legislações poderiam ser aplicadas, a fim de impedir e sancionar a ocorrência dessas práticas.

3. A PRÁTICA DO *GEOBLOCKING* E *GEOPRICING*

Como dito anteriormente, com o aumento significativo dos usuários de internet no Brasil e, consequentemente, na navegação em sites de compras *online*, é imperativo destacar que nessa nova perspectiva econômica, haverá incidência de novas práticas abusivas e discriminatórias nas relações de consumo. Com efeito, dentre as novas práticas, estão o *geoblocking* e *geopricing*.

Conforme definição pela Anacom (2022), *geoblocking* consiste na criação injustificada de barreiras de acesso nos sites de comércio eletrônico, restringindo o ingresso ao sítio eletrônico, ou a visualização de determinado bem ou serviço para os consumidores que estão localizados num Estado-Membro distinto. O bloqueio de acesso pode estar relacionado à nacionalidade ou ao local de residência do usuário.

Nas palavras de Fávaro (2018 *apud* GUIMARÃES, 2019), trata-se de um bloqueio de oferta para determinados usuários, cujo critério que define a limitação do acesso será a partir da geolocalização do consumidor. Por exemplo: um usuário que reside no Estado de Santa Catarina e deseja adquirir uma passagem aérea para o Rio de Janeiro, terá uma negativa do serviço, com a impossibilidade de visualizar a oferta. Já os usuários do Estado do Paraná, terão a disponibilidade de adquirir o serviço.

Segundo a Anacom (2022), a prática do *geoblocking* ocorre com uma preocupante frequência. Somente em 2015, aproximadamente 63% (sessenta e três por cento) dos sítios eletrônicos de *e-commerce* impediram o acesso à oferta de produtos ou serviços aos consumidores, por residirem em Estados-membros distintos. Resultado do qual traduz uma discriminação ao consumidor, pelo seu caráter geográfico.

O *geopricing*, por sua vez, possui características semelhantes ao *geoblocking*, isto é, cria-se uma discriminação aos consumidores, por meio de sua geolocalização, contudo, o meio discriminatório ocorre através da diferença de preços de produtos e serviços ofertados (COMEX, 2021), ou seja, dependendo da localização do usuário, um produto ou serviço terão valores distintos aos consumidores que estão em outros Estados-membros.

Nessa esteira, é oportuno elucidar as supostas determinações econômicas que justifiquem o exercício destas práticas de bloqueio de oferta. Segundo Guimarães (2019, *apud* FÁVARO, 2018), uma das principais razões para que as empresas de *e-commerce* delimitem o acesso a ofertas ou diferencie os preços aos consumidores, traduz-se por questões de logística, uma vez que as atividades inerentes ao envio do produto ou prestação do serviço, acarretariam num encarecimento da demanda.

Além disso, Vainzof (2020) destaca que é importante que as empresas de comércio eletrônico, que utilizam dados pessoais dos consumidores, se atentem à liberdade de escolha dos consumidores, bem como na igualdade nas contratações. No entanto, desde que essas empresas apresentem, de forma clara e transparente, uma justificativa viável para o bloqueio de oferta ou diferenciação de preços, preservando a boa-fé, não haveria prática discriminatória. Trata-se, nesse caso, de uma prática da livre iniciativa.

No entanto, como se verá a seguir, o entendimento da justiça brasileira, bem como pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, reconhece que as práticas de *geoblocking* e *geopricing* são consideradas discriminatórias e abusivas.

3.1. A apiicação de sanções administrativas e judiciais pela prática do *geoblocking* e *geopricing*

O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, órgão vinculado ao Ministério da Justiça, em decisão inédita publicada em 18 de junho de 2018, condenou a empresa Decolar.com, ao pagamento de multa no montante de R$ 7.500.000,00 (sete milhões e quinhentos mil reais), pela alteração de preços de acomodações, bem como por manter indisponíveis as ofertas de vagas aos consumidores, ambas decorrentes do acesso à geolocalização dos usuários (BRASIL, 2018a).

Conforme se extraí do relatório da decisão, a Diretora do DPDC, Ana Carolina Caram, entendeu que, ao delimitarem o acesso aos serviços disponíveis no site (*geoblocking*), ou então precificá-los de modo distinto aos usuários (*geopricing*), configuraria ato discriminatório. Passível, portanto, de aplicação de multa:

> Ao precificar – ou permitir que se precifique – o serviço de acomodação de acordo com a localização geográfica do usuário, a Decolar.com se conduz de forma a extrapolar o direito de precificar (ou permitir que serviço por ele anunciado seja precificado) de acordo com as práticas do mercado. Com efeito, não se justifica, e nem é prática usual, o estabelecimento de preços diferentes de serviços que são prestados no mesmo local e nas mesmas condições a qualquer consumidor que esteja disposto a pagar por esses serviços. Quanto à não exibição da disponibilidade total de acomodações, a infração à ordem jurídica é ainda mais evidente: a Decolar.com extrapola de seu direito de praticar o comércio e de ofertar o produto, prejudicando o consumidor brasileiro, ao não mostrar serviço que não queira vender a determinado consumidor (no caso, o consumidor

> brasileiro). Isso porque o favorecimento (ou desfavorecimento), bem como a discriminação por conta de etnia, localização geográfica ou qualquer outra característica extrínseca ao ato comercial causa desequilíbrio no mercado e nas relações de consumo (BRASIL, 2019).

No presente caso, a situação fática apresentada demonstrava que os consumidores do Estado de São Paulo recebiam ofertas de hospedagens com valores com até 29% (vinte e nove por cento) de aumento em comparação aos consumidores de Buenos Aires. Ao todo, a diferença de preços, bem como a falta de vagas e ofertas aos consumidores brasileiros, em comparação aos consumidores estrangeiros, ultrapassou 80% (oitenta por cento) para os usuários (FRAZÃO, 2018).

Nessa esteira, tem-se que o DPDC considerou o *geoblocking* e *geoprincing*, como práticas atentatórias a liberdade de escolha dos consumidores. Portanto, levou-se em conta o alcance dos danos e a gravidade dos fatos, principalmente, pela abusiva coleta de dados, causando prejuízos aos consumidores (FRAZÃO, 2018).

Após representação oferecida por uma empresa concorrente ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, foi instaurado inquérito civil com vistas à apuração do episódio de transgressão coletiva e ofensa aos interesses difusos dos consumidores, em face da Decolar.com. Com a conclusão do inquérito civil, a 05ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletivas de Defesa do Consumidor e Contribuinte, da Capital do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, impetrou ação civil pública, distribuída à 7ª Vara de Direito Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro sob o n.º 0018051-27.2018.8.19.0001, pugnando pela reparação no importe de R$ 57.000.000,00 (cinquenta e sete milhões de reais), à título de danos morais coletivos (MIGALHAS, 2018).

Com efeito, a peça exordial aduzia que as práticas abusivas e discriminatórias se baseavam da coleta de dados por meio da tecnologia da informação e comunicação – TIC. A pratica abusiva estaria relacionada à alteração da estrutura do código de algoritmo, cuja finalidade seria alterar a seleção e disponibilidade das ofertas à consumidores, a depender de sua localização, através da rede internacional de computadores *World Wide Web*, onde haveria então a alteração de ofertas de acordo com a geolocalização do usuário (BRASIL, 2018a).

Assim, a empresa ré, utilizando de algoritmos de *big data*, personificaria toda consulta geográfica dos consumidores, valendo-se os dados para representar elementos representativos (*proxy*), a fim de discriminar os consumidores com bloqueio de ofertas ou alterando a precificação dos produtos ou serviços. Tais condutas violariam a vedação à discriminação de preços e publicidade entre consumidores nacionais e estrangeiros, previstas nos artigos 6º, incisos II e IV e 39, incisos V e X, do CDC (BRASIL, 2018a).

Segundo o Ministério Público do Rio de Janeiro, o *geoblocking* estaria evidenciado pela recusa injustificada de prestação de serviço pela ré, na medida em que a negativa de serviço seria comprovada quando o fornecedor selecionasse os consumidores com quem iria celebrar a venda. A prática do *geopricing*, por outro lado, também foi configurada, pois também foi visto uma precificação discriminatória, caracterizando prática abusiva pelo fornecedor e, consequentemente, violando dispositivos do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2018a).

Nessa esteira, a empresa ré estaria negligenciando sua própria política de privacidade dos usuários, uma vez que em momento algum teve a apresentação das informações aos consumidores sobre a forma de utilização dos dados pessoais coletados, bem como recusando o compartilhamento do modelo próprio de codificação e estrutura dos algoritmos (BRASIL, 2018a).

Diante do exposto, o presente exemplo prático trata-se de um dos diversos casos de violação aos direitos básicos do consumidor, em especial, no que tange ao uso de dados pessoais nas relações de consumo. O ponto de análise, porém, não deve ficar apenas limitado à consumação do dano coletivo, mas sobretudo no que tange as formas de esclarecimento ao consumidor, tais como a utilização de seus dados pessoais.

O direito à informação adequada e clara sobre os produtos e serviços à disposição do consumidor, bem como os seus riscos inerentes à atividade comercial, são previstos como direitos basilares do consumidor, conforme estampado no art. 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor[4] (BRASIL, 1993). No entanto, o referido dispositivo deve ser interpretado sistematicamente como a Lei Geral de Proteção de Dados, em especial, sobre a clareza daquilo que é anuído pelo consumidor sobre o uso de seus dados pessoais.

Em relação à necessidade de comprovação inequívoca do consentimento ao fornecimento dos dados pessoais do usuário, assevera Bioni (2018) *apud* Monte (2020, p. 21):

> O consentimento seria uma das maneiras pela qual o consumidor atingiria a autodeterminação informacional. No entanto, o consentimento, embora importante, não deve ser visto como único pilar da proteção de dados, pois de que adianta conceder ao consumidor a possibilidade de expressar um consentimento livre, informando e inequívoco, se a maior parte da sociedade não tem o conhecimento técnico necessário para decidir sobre a coleta de seus dados? Como esperar que o consumidor tome uma decisão consciente e autônoma sobre conceder ou não seus dados se, para realizar esta tarefa, seria, necessárias horas lendo os termos de uso prolixos e técnicos fornecidos pelas empresas.

No caso em comento, Monte (2020) esclarece que a Decolar.com poderia evitar as práticas de *geoblocking* e *geoprincing* com ajustes em suas políticas de privacidade, em especial, sobre uma readequação dos algoritmos, para que sirvam de aprimoramentos à transparência, informando, com clareza, como serão utilizados os dados pessoais dos usuários em domínio eletrônico. Assim, não haveria a necessidade de proibição na atividade de coleta de dados, pois, segundo Monte (2020, p. 22):

> Importante salientar também que não há a necessidade de proibição da atividade em si de coleta de dados pessoais realizada pela Decolar. No entanto, medidas devem ser adotadas para que as práticas realizadas pela empresa se adequem ao ordenamento jurídico doméstico. É preciso que, além de deixar de discriminar os consumidores brasileiros, através das práticas do *Geoblocking* e do *Geopricing*, a empresa desenvolva soluções, tais como as anteriormente citadas, a fim de que os consumidores se apropriem do seu poder de concessão dos dados pessoais.

Finalmente, faz-se necessário que as empresas de *e-commerce* busquem, para além de uma linguagem intuitiva quanto à política de dados, a permissão para que o usuário recuse o fornecimento de dados pessoais, delineando as informações que deixarão a serem adaptadas, com objetivo de dinamizar a experiência do usuário e evitar eventuais abusos ao uso de dados (MONTE, 2020).

4. Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] III - 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 [...].

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A pesquisa surgiu da busca de casos com repercussão social, que resultaram na violação à direitos transidividuais, especificamente, aos direitos e proteção de dados pessoais do consumidor. Deste modo, utilizou-se da abordagem qualitativa, uma vez que proporcionou, segundo Igreja (2017, *apud* GUSTIN *et al*, 2020), uma análise aprofundada de processos ou relações sociais que promovem um estudo detalhado de suas características, cuja filtragem apresentou os autos do processo da ação civil pública de n.º 0018051-27.2018.8.19.0001, em trâmite perante a 7ª Vara de Direito Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro, como melhor exemplo à temática do objeto do presente trabalho.

A pesquisa foi do tipo bibliográfica, realizando um estudo com base na doutrina de Direito Constitucional e Direito Digital e Proteção de Dados, com respaldo documental nos autos da ação civil pública supramencionada, a fim de analisar o referido caso com profundidade no que tange a violação de dados pessoais de consumidores de *e-commerce*. Dados pelos quais foram suporte teórico e prático para a presente pesquisa (LAMY, 2011).

O método utilizado, por sua vez, foi hipotético-dedutivo, uma vez que foi apresentado um conhecimento prévio sobre o *geoblocking* e *geopricing*, bem como o estudo de um caso prático, que ainda não obteve transito em julgado, onde, até o momento do ajuizamento da inicial pelo Ministério Público, não vigorava os efeitos da LGPD.

Com efeito, foi proposto uma resolução do problema da pesquisa de forma provisória, com vistas ao entendimento doutrinário e judicial sobre o tema (GUSTIN *et al*, 2020). Por fim, o nível de aprofundamento da pesquisa foi explicativo, pois, segundo Prodanov e Freitas (2013, p. 54) foi apresentado “como objetivo primordial a necessidade de aprofundamento da realidade, por meio da manipulação e do controle das variáveis”. Elementos pelos quais foram de suma importância para o desenvolvimento da presente pesquisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo exposto, tem-se constatado, diante da aplicação da metodologia hipotético-dedutiva, bem como por intermédio de toda fundamentação teórica e da análise processual apresentada nos autos da Ação Civil Pública de n.º 0018051-27.2018.8.19.0001, que as práticas de *geoblocking* e *geoprincing* violam direitos coletivos transidividuais dos consumidores e apresentam discordância com a organização de dados pessoais estabelecida pela Lei Geral de Proteção de Dados.

É importante referir, como acréscimo, que as hipóteses apresentadas que legitimariam as práticas de *geoblocking* e *geoprincing*, não condizem com o exercício da livre-iniciativa, de acordo com os princípios fundamentais e da ordem econômica, estabelecidos, respectivamente, pelo art. 1º, inciso IV e art. 170, inciso V, da Constituição Federal de 1988. Isso porque, conforme apresentado, não atingiram os valores sociais do trabalho, tampouco observaram os princípios de defesa dos consumidores, visando, tão somente, os valores mercantis decorrentes do *e-commerce*.

No caso concreto, considerando o cenário fático quando da distribuição da ação em comento, tem-se que os dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados não estavam em vigor, pois seus efeitos somente foram aplicados ao ordenamento jurídico no ano de

2020, razão pela qual haveria possibilidade de amenizar a prática de discriminação dos consumidores via geolocalização.

Nesse cenário, para além das transgressões e possíveis sanções aplicadas pelo Código de Defesa do Consumidor, há evidente probabilidade de aplicação das sanções dispostas na Lei Geral de Proteção de Dados, visto que as violações aos dados pessoais dos consumidores constante no acesso à geolocalização e, consequentemente, as alterações de preços nas ofertas, configuraram *geoprincing*, bem como os bloqueios de ofertas e serviços, propiciaram a prática de *geoblocking*.

Finalmente, conclui-se que as práticas de *geoblocking* e *geopricing*, ou quaisquer condutas que utilizem da geolocalização com o fito de discriminar os consumidores de *e-commerce*, são consideradas práticas nocivas nas relações do consumo, violando frontalmente os dispositivos de proteção ao consumidor: art. 170, inciso V, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigos 6º, incisos II e IV e 39, incisos V e X, do Código de Defesa do Consumidor; e o tratamento de dados pessoais dos consumidores, conforme os dispositivos que disciplinam a proteção de dados, especificamente, art. 2º, inciso I, da Lei Geral de Proteção de Dados.

REFERÊNCIAS

ANACOM. **O que é Geoblocking?** Disponível em: https://www.anacom-consumidor.pt/-/geoblocking?redirect=https%3A%2F%2Fwww.anacom-consumidor.pt%2Fpesquisa%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_keywords%3Dgeoblocking%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_redirect%3D%252F&inheritRedirect=true. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Decolar.com é multada por prática de geo pricing e geo blocking:** decisão inédita do departamento de proteção e defesa do consumidor (dpdc) obriga empresa a pagar r$ 7,5 milhões. 26 de agosto de 2019. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/collective-nitf-content-51. Acesso em 08 abr. 2022.

BRASIL. **Ministério das Comunicações**. Pesquisa mostra que 82,7% dos domicílios brasileiros têm acesso à internet. 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mcom/pt-br/noticias/2021/abril/pesquisa-mostra-que-82-7-dos-domicilios-brasileiros-tem-acesso-a-internet. Acesso em 12 abri. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mai. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 10 mai. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 12.965 de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 10 mai. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 13.709 de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 10 mai. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ação Civil Pública. **Agravo de Instrumento n.º 0008914-24.2018.8.19.0000**, Vigésima Sétima Câmara Cível. Relator Des. João Batista Damasceno, RJ, Rio de Janeiro, 12 de dezembro de 2018a. Disponível em: https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/657353173/agravo-de-instrumento-ai-89142420188190000-rio-de-janeiro-capital-7-vara-empresarial. Acesso em 10 mai. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Comentários à constituição do brasil**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. 2504 p.

COELHO. Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 575p.

COMEX DO BRASIL. **Geopricing**: saiba como a prática pode estar aumentando os preços de viagens aos brasileiros. 22 de julho de 2021. Disponível em: https://www.comexdobrasil.com/geopricing-saiba-como-a-pratica-pode-estar-aumentando-os-precos-de-viagens-para-brasileiros/. Acesso em: 12 abr. 2022.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação**: a tutela jurídica do meio ambiente digital. São Paulo. Editora Saraiva, 2014. 160p.

FRAZÃO, Ana. **Geopricing e geoblocking**: as novas formas de discriminação de consumidores. 15 de agosto de 2018. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/geopricing-e-geoblocking-as-novas-formas-de-discriminacao-de-consumidores-15082018. Acesso em: 15 abr. 2022.

GUIMARÃES. Marcelo Cesar. Geoblocking e Geopricing: uma análise à luz da teoria do interesse público de Mike Feintuck. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 11, nº. 2, p. 87-106, out. 2019. Disponível em: https://doi.org/10.26512/lstr.v11i2.27025. Acesso em mai. 2022.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa *et al*. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020. 330 p.

HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica**: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder. 7 ed. Belo Horizonte. Editora Âyiné, 2020. 117p.

LAMY, Marcelo **Metodologia da pesquisa jurídica**: técnicas de investigação, argumentação e redação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. 212 p.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, 1728 p.

MONTE, Mariana Almeida. **Geoblocking e geopricing**: quando os dados pessoais se tornam meios de discriminação contra os consumidores. 2020. 29 f. monografia (graduação em direito) – Universidade Federal Rural do Semiárido – UFERSA. Mossoró. Disponível em: https://repositorio.ufersa.edu.br/handle/prefix/6238. Acesso em 15 mai. 2022.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999. 104 p.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais**: comentários à lei n. 13.709/2018 - LGPD. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 152 p.

POHLMANN, Sérgio Antônio. **LGPD Ninja**: entendendo e implementando a Lei Geral de Proteção de Dados nas empresas. Nova Fraiburgo. Editora Fross, 2019. 370p.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico:** métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013. 277 p.

REDAÇÃO DO MIGALHAS. **MP/RJ acusa Decolar.com de manipular preços para discriminar brasileiros**. 07 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/273955/mp-rj-acusa-decolar-com-de-manipular-precos-para-discriminar-brasileiros. Acesso em: 12 abr. 2022.

ROBLES, Gregorio. **O direito como texto**: quatro estudos de teoria comunicacional do direito. Barueri: Manole, 2005. 109 p.

TEIXEIRA, Tarcisio. **A LGPD e o e-commerce**. 2 ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2021. 296p.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito digital e processo eletrônico**. 5 ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2020. 579p.

VAINZOF, Rony. **Geopricing é ilegal?** Discussão sobre livre iniciativa, livre concorrência, proteção de dados e defesa do consumidor. 05 de março de 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/geopricing-e-ilegal-11012017. Acesso em 10 abr. 2022.

NECROPOLÍTICA E SISTEMA PENAL

Isadora Murara Chaves[1]

Resumo: O tema deste trabalho é Necropolítica e Sistema Penal, no qual a questão que se coloca é se é possível verificar a perpetuação da lógica necropolítica oriunda do período colonial, partindo da análise do contexto em que o sistema penal brasileiro foi arquitetado e dos dados empíricos sobre a composição, infraestrutura e mortalidade do sistema prisional atual. Para tanto, o primeiro capítulo aborda os sistemas penais brasileiros. No segundo capítulo, conceitua-se necropolítica e biopolítica, diferenciando os dois conceitos. Do quarto ao sexto capítulo, são analisados, respectivamente, os dados sobre composição, infraestrutura e morte no sistema prisional atual. Por fim, conclui-se o trabalho apresentando perspectivas a essa realidade.

Palavras-chave: Racismo. Necropolítica. Sistema prisional.

Abstract: This work's theme is Necropolitics and the Penal System, in which the question that arises is whether it's possible to verify the perpetuation of the necropolitical logic originated from the colonial period, starting from the analysis of the context in which the brazilian penal system was designed and empirical data on the composition, infrastructure and mortality of the current prison system. For that, the first chapter addresses the Brazilian penal systems. In the second chapter, necropolitics and biopolitics are conceptualized, differentiating the two concepts. From the fourth to the sixth chapter, data on composition, infrastructure and death in the current prison system are analyzed, respectively. Finally, the work is concluded by presenting perspectives to this reality.

Keywords: Racism. Necropolitics. Prison system.

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho é Necropolítica e Sistema Penal. O problema a partir do qual foi realizado o estudo é se é possível verificar a perpetuação da lógica necropolítica existente na colônia, considerando o contexto em que o sistema penal brasileiro foi constituído e analisando os dados empíricos sobre a composição, infraestrutura e mortalidade do sistema prisional contemporâneo.

Para isso, a primeira hipótese colocada tem relação com a composição do sistema prisional brasileiro, que, conforme dados oficiais, é majoritariamente composto por homens jovens, negros, de baixa escolaridade e presos por crimes patrimoniais, o que é um indicador da existência de um racismo institucional.

A segunda hipótese de trabalho diz respeito à infraestrutura do sistema prisional brasileiro. As condições de superlotação e de má alimentação, saneamento e higiene criam um ambiente precário e insalubre, em absoluto desacordo com a legalidade da Constituição Federal e da Lei de Execução Penal.

A terceira e última hipótese de trabalho é relativa às mortes no sistema prisional brasileiro, cuja taxa é muito mais elevada para a população privada de liberdade do que para a população geral. Além disso, a imprecisão dos dados demonstra a sua fragilidade e a sua subjetividade, ocultando o fenômeno.

Ao mesmo tempo, a Constituição Federal de 1988, orientada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, elenca em seu art. 5º diversos direitos e garantias fundamentais ao indivíduo que venha a ser atingido pelo sistema penal brasileiro.

Entre eles, merece destaque a vedação a tratamento desumano ou degradante, prevista no inciso III; a vedação a penas de morte, de banimento, cruéis, de trabalhos forçados e de caráter perpétuo, no inciso XLVII; o respeito à integridade física e moral do

1. Advogada formada em Direito pela Unisociesc. E-mail: isadoramurara@hotmail.com.

preso, no inciso XLIX; e a presunção da inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, no inciso LVIII.

No mesmo sentido, a Lei de Execução Penal, já em seu art. 1º, diz que o objetivo da execução penal é operar as disposições da sentença ou decisão criminal, proporcionando condições para a harmônica integração social do condenado ou internado.

Para tanto, o Capítulo II da referida norma prevê os tipos de assistência que devem ser prestadas pelo Estado, quais sejam: material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. O art. 41 prevê ainda todos os direitos garantidos ao indivíduo privado de liberdade, como alimentação suficiente e vestuário no inciso I e assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa no inciso VII.

Não obstante, o que se vê é que entre a vasta legislação protetiva brevemente apresentada e a realidade existe um grande abismo.

Nesse sentido, Zaffaroni já observava que na criminologia atual, é comum que a operacionalidade real dos sistemas penais não corresponda com os discursos jurídico-penais (2001).

Buscando entender a razão pela qual isso ocorre no Brasil, analisou-se a conjuntura na qual o sistema penal brasileiro foi concebido e aliou-se essa investigação as estatísticas atuais sobre a composição, a infraestrutura e as mortes no sistema prisional, estudo que demonstrou que o racismo está ligado ao sistema penal desde a sua gênese e que ele continua sendo a sua espinha dorsal.

Assim, apesar do discurso oficial da legalidade e do mito da democracia racial, o projeto de extermínio da população negra arquitetado desde a colonização portuguesa continua sendo executado pelo Estado brasileiro, e hoje encontra no sistema prisional uma das principais formas de concretização.

1. SISTEMA PENAIS BRASILEIROS

O tráfico de africanos iniciou na década de 1550 e foi oficialmente extinto em 1850. Durante esses três séculos, apesar das controvérsias, estima-se que 4,8 milhões de africanos escravizados foram introduzidos no Brasil (ALENCASTRO, 2018).

Um empreendimento colonial de tal magnitude só pôde ser levado a cabo através do discurso racista de desumanização e inferioridade de determinados segmentos pelo não-recebimento da palavra cristã, que legitimou todos os genocídios e arbitrariedades perpetradas (FLAUZINA, 2006).

Com efeito, o sistema penal desse período, denominado por Nilo Batista de colonial-mercantilista, constitui a gênese da lógica de atuação do atual aparelho repressivo. As Ordenações eventualmente vigentes, sejam as Manuelinas ou as Filipinas, ou não regulamentavam ou regulamentavam pouco o poder punitivo (BATISTA, 2002). Dessa forma, o poder punitivo era praticado no âmbito privado e tinha a corporalidade como principal característica, indo do açoitamento à morte aflitiva; tanto é que as prisões da época não faziam parte do arranjo punitivo, servindo apenas para confinar os criminosos até a execução da sentença.

No dizer de Flauzina,

> Foi, portanto, no interior das relações entre senhores e cativos que a força punitiva tomou forma e materialidade. Ou seja, **é da relação entre casa-grande e senzala que serão concebidas as matrizes de nosso sistema penal**.(2006, p. 35) (grifei)

A primeira dimensão desse sistema penal diz respeito ao disciplinamento e ao controle das fugas e de qualquer forma de resistência, o que era feito através do domínio dos corpos e do suplício. Vale recordar os esforços empreendidos em direção à eliminação dos quilombos, que representavam uma das mais fortes formas de resistência (FLAUZINA, 2006).

Num segundo plano, o foco era o controle da forma de vida da população negra. Além de manter os escravizados em posição de submissão, os mecanismos de controle visavam que os negros tomassem a inferioridade como inerente ao seu caráter. Assim, aliado à ameaça pela violência física, corria um projeto de desarticulação simbólica (FLAUZINA, 2006).

Mais adiante, o sistema penal do período do Império, denominado imperial-escravista (1822-1889), não rompeu completamente com a herança do sistema colonial e do direito penal privado. Diante da inevitável abolição da escravatura, ele foi pensado para adiá-la e para evitar rupturas. Como descreve Flauzina,

> Não conseguindo enxergar no segmento negro nada além de sua "vocação" para o trabalho compulsório, era preciso criar as condições para gerenciar aquele contingente e o inviabilizar coletivamente em termos sociais. Foi assim que, indispostos a viver num país com numerosa massa de seres inferiores e mais, recusando-se a com eles compartilhar qualquer dimensão do poder, as elites construíram o Império como forma de preparar as condições para o descarte desses indesejáveis. Em última instância, o Império não só assume como sofistica o projeto colonial. (2006, pp. 42-43)

A esse contexto, alia-se a crise financeira e o seu consequente impacto na instituição escravista, o que ensejou diversas insurreições no século XIX, fazendo surgir "*um medo branco que atribuiria ao segmento negro o estatuto de inimigo inconciliável*" (FLAUZINA, 2006, p. 44).

Há que se destacar também o Código Criminal do Império de 1830, peça chave para o cumprimento da agenda das elites. Sob a sua égide, o escravizado, considerado um objeto pelas demais áreas do direito, passou a ser considerado como pessoa (BATISTA, 2002). Além dessa, esse sistema sustenta outras contradições: as penas cruéis, abolidas pela Constituição de 1824, tinham sua aplicação garantida aos escravizados, sem falar no fato de que a redução de pessoa livre à condição de escravidão constituía crime (FLAUZINA, 2006).

A partir dessa conjuntura e dos breves exemplos trazidos, observa-se a manutenção de um sistema baseado no controle de corpos, mas também um deslocamento da violência do domínio privado para o domínio público. Assim,

> [...] o sistema penal imperial-escravista só poderia estar pautado na manutenção de um projeto de segregação, que, com a proximidade do fim das relações escravistas, se transmutou num projeto de flagrante extermínio. **Foi, portanto, por meio da violência, que se transferia cada vez mais para o domínio público, que o legado de um estatuto colonial fincou os pés definitivamente no país**. (FLAUZINA, 2006, p. 55) (grifei)

O terceiro sistema penal, chamado republicano-positivista, começou a ter sua forma delineada ainda na metade do século XIX, antes mesmo da abolição da escravatura.

A estrutura econômica da primeira república tinha dois pilares principais: a agroexportação e a industrialização. A agroexportação, amparada pela grande propriedade rural, rememora o escravismo na medida em que

> O pagamento de salários reduzidos em contraposição ao fornecimento, a preços escorchantes, de gêneros de primeira necessidade, colocava o trabalhador como um endividado permanente que, especialmente em regiões remotas - como na extração da borracha -, não dispunha de meios para quitar seu débito e abandonar a fazenda. (ZAFFARONI et al., 2003, p. 441)

Além disso, almejando a industrialização da economia e o embranquecimento da população, o Brasil recrutava mão-de-obra imigrante e reservava aos libertos os trabalhos mais precários. Dado o contexto de migração das relações produtivas para o capitalismo industrial, o imigrante era a representação do trabalho livre e da produtividade, enquanto o liberto, largado à miséria em razão da ausência de qualquer política de integração no período pós-abolição, simbolizava a ociosidade e a vagabundagem. Por isso, para os primeiros, relaciona-se a disciplina fabril e a indisciplina política, enquanto que para os segundos a intervenção é direcionada aos corpos, tendo como pressuposto o grau de periculosidade dito inerente (FLAUZINA, 2006).

Nesse contexto, "*a privação de liberdade, como em toda sociedade industrial, é a pena por excelência, e o mito da ressocialização para o trabalho edifica colônias agrícolas e estabelecimentos penais industriais*" (BATISTA, 2002, p. 154).

Ainda, é necessário se atentar ao fato de que nesse sistema penal a inferioridade jurídica do escravismo, fruto de uma decisão de poder, é substituída pela inferioridade biológica, que exige um fundamento científico. Dessa forma, calcado no positivismo criminológico, o racismo continua sendo reproduzido no discurso penal (ZAFFARONI *et al*., 2003).

Assim sendo,

> A programação criminalizante da primeira República espelha, com evidência didática, as contradições de um sistema penal que participa decisivamente da implantação da ordem burguesa porém traz consigo, e reluta em renunciar a ela, a cultura da intervenção corporal inerente ao escravismo. (ZAFFARONI *et al*., 2003, p. 456)

É a partir da década de 30 que a fachada do sistema penal é alterada, ganhando um disfarce.

Inicialmente, é necessário pontuar que, diante da reação contra o federalismo que se exprimia na "política do governadores", ocorre um processo de reestruturação administrativa e centralização do poder. A partir disso, os conflitos antes tratados no âmbito privado passam a ser tratados pelo poder público, de forma que o discurso oficial passa a ser o de que a pena pública prevalece sobre a pena privada. Nesse período, destaca-se também a incorporação de legislação previdenciária e trabalhista ao ordenamento jurídico, mirando num estado de bem-estar (ZAFFARONI *et al*., 2003).

Nesse sentido, instaura-se uma tensão indesatável entre o capitalismo industrial e o estado de bem-estar proposto, na medida em que aquele tem a prisão como eixo central e este obriga a "*fundamentar positivamente o encarceramento e de outro a ignorar ou minimizar a inevitável deterioração prisional*" (ZAFFARONI *et al*., 2003, p. 480).

Além disso, não se pode deixar de mencionar o mito da democracia racial, adotado como estratégia pelas elites entre as décadas de 20 e 30, e que tinha (e ainda tem) o intuito de inviabilizar socialmente a população negra (FLAUZINA, 2006).

Com efeito, o Código Criminal de 1940 é resultado dos processos ocorridos nesse período. Flauzina explica que o Código Criminal de 1940

> (...) está em consonância com os apelos de um Estado previdenciário, alinhado às exigências do bem-estar social, além de fortemente influenciado por um tecnicismo jurídico, que, circunscrevendo a atividade do jurista à elaboração e interpretação dos tipos penais, serve necessariamente aos propósitos da democracia racial, na medida em que promove a assepsia completa da raça no texto legal e isola o escopo normativo das práticas por ele desencadeadas e sustentadas, impedindo, por consequência, uma visão global do sistema em que o racismo emerge como base fundamental. (FLAUZINA, 2006, pp. 63-64)

Mais à frente, a década de 70 foi um marco importante para a conjuntura atual do sistema prisional. A grave crise econômica ocorrida nesse período promoveu transformações culturais e econômicas que conduziram ao neoliberalismo, sistema que provocou a desaceleração do crescimento econômico, a queda nos rendimentos dos trabalhadores e o desmonte do estado previdenciário (ZAFFARONI *et al.*, 2003).

Como consequência disso, o sistema penal neoliberal foi arquitetado para controlar as pessoas por ele mesmo marginalizadas, distinguindo os delitos dos consumidores ativos e dos consumidores falhos. Aos primeiros se dirigem as medidas despenalizadoras, estratégia que se concretiza sobretudo por meio da Lei dos Juizados Especiais, que instituiu os Juizados Especiais Criminais. Já aos segundos cabe a privação de liberdade neutralizadora, e para eles foi desenvolvida a lei de crimes hediondos, por exemplo (ZAFFARONI *et al*., 2003).

O que se pretende demonstrar é que, com o declínio do capitalismo industrial e o avanço do neoliberalismo, o sistema penal, especialmente o sistema prisional, não tem mais o intuito de ressocializar para o trabalho - se é que um dia teve. Agora, sua única função é a de armazenar a massa humana dita desviante e perigosa pelo maior tempo possível.

Assim, atualmente de maneira menos aberta, o racismo é fundamento para as práticas das agências de criminalização secundária e terciária. Flauzina pontua que

> (...) o policiamento ostensivo nos bairros populares restringe a livre movimentação dos indivíduos e aumenta sobremaneira as chances de criminalização dos habitantes das periferias. Dentro desse universo, o estereótipo da delinquência atrelado à imagem do negro tem sido considerado um fator fundamental na atuação da Polícia. (2006, p. 76)

Ainda sobre a criminalização secundária, a atuação do Poder Judiciário também é decisiva para determinar a imagem da criminalidade, visto que, ao invés de questionar a operacionalização do sistema penal, continua a reproduzir as desigualdades postas. Em pesquisa feita por Adorno (1995, p. 59) e citada por Flauzina (2006, p. 78),

> O mais significativo foi verificar - (...) maior proporção de réus negros condenados (68,8%), do que de réus brancos (59,4%), em virtude do cometimento de crime idêntico. A absolvição favorece preferencialmente brancos comparativamente a negros (37,5% e 31,2%, respectivamente). (...) **Tudo sugere, por conseguinte, uma certa "afinidade eletiva" entre raça e punição**. (sem o grifo no original)

Se ainda restam dúvidas, os dados sobre a criminalização terciária, analisados adiante no presente trabalho, são unânimes em apontar que o sistema penal neoliberal ainda se pauta na intervenção física para o controle de corpos, método que, como se viu, é herança do período colonial.

É assim que, ao analisar o contexto em que o sistema penal foi concebido e, especificamente, as estatísticas atuais sobre a composição do sistema prisional, vê-se que continua em curso o projeto genocida promovido pelo Estado brasileiro e que tem como alvo a população negra (FLAUZINA, 2006), sendo que o sistema prisional é uma das principais formas de sua concretização.

Para finalizar, ressalta-se que não se ignora a necessidade de problematizar a noção de herança colonial, o que se fará por meio da análise do conceito de longa duração.

Inicialmente, cumpre conceituar longa duração, na qual a noção de estrutura é fundamental. De acordo com Fernand Braudel,

> Para nós, historiadores, uma estrutura é, sem dúvida, um conjunto, uma arquitetura, mas é mais ainda uma realidade que o tempo usa mal e veicula demoradamente. **Certas estruturas, por viverem muito tempo, tornam-se elementos estáveis de uma infinidade de gerações**: embaraçam a história, incomodam-na, e assim comandam seu fluxo. Outras estão mais prontas a serem destruídas. Mas todas são, por sua vez, sustentáculos e obstáculos. Como obstáculos, elas se marcam como limites (envoltórios no sentido matemático), dos quais o homem e suas experiências não podem libertar-se. Pense-se na dificuldade de quebrar certos quadros geográficos, certas realidades biológicas, certos limites da produtividade, até mesmo certas sujeições espirituais: os quadros mentais são também prisões de longa duração. (1965, p. 268) (grifo meu)

Assim, na longa duração, a velocidade que as mudanças ocorrem é praticamente imperceptível para um indivíduo ordinário; são os séculos. Para Braudel,

> É em relação a essas extensões de história lenta que a totalidade da história pode se repensar, como a partir de uma infraestrutura. Todas as faixas, todos os milhares de faixas, todos os milhares de estouros do tempo da história se compreendem a partir dessa profundidade, dessa semi-imobilidade; tudo gravita em torno dela. (2007, p. 53).

Por outro lado, a média duração se traduz em uma conjuntura de uma ou algumas décadas.

> A média duração é ligada aos aspectos conjunturais que conformam uma sociedade em uma instância de tempo social, relacionado a “forças de profundidade” (BRAUDEL, 1983, p. 25) articuladas às estruturas econômicas, sociais e políticas, que atuam de forma “lentamente ritmada” (BRAUDEL, 1983, p. 25). (*apud* POBLET, 2011, p. 11)

Já a curta duração diz respeito ao “*tempo breve, ao indivíduo, ao evento*” (Braudel, 2007, p. 44). Nas palavras de Braudel,

> (...) o tempo curto, à dimensão dos indivíduos, da vida quotidiana, de nossas ilusões, de nossas rápidas tomadas de consciência, — o tempo por excelência do cronista, do jornalista. Ora, façamo-lo notar, crônica ou jornal dão, ao lado dos grandes acontecimentos, ditos históricos, os medíocres acidentes da vida

> quotidiana: um incêndio, uma catástrofe ferroviária, o preço do trigo, um crime, uma representação teatral, uma inundação. (1965, p. 264)

A curta duração é, portanto, a passagem entre um dia e/ou alguns anos. A Revolução Francesa (1789), por exemplo, é um evento de curta duração.

Jaime Osorio observa, porém, que

> O desinteresse teórico pelos problemas de curta duração e a dificuldade de encontrar as categorias com as quais os abordar a partir do paradigma braudeliano, tem graves consequências na análise social. Porque não só se relega aquele tempo e as relações que ele estabelece com outros tempos, mas também aqueles momentos particulares - as conjunturas - em que a política e os sujeitos sociais desempenham um papel da maior importância: os períodos em que se ativa a sua capacidade de transformar estruturas. (1998, p. 15) (tradução minha)

Dito isso, para problematizar a noção de herança colonial, é preciso retomar o contexto do período pós-abolição. No período colonial e imperial, o trabalho escravo manteve uma lógica de superexploração. Com o fim formal da escravidão, as pessoas libertas foram consideradas inaptas para o mercado de trabalho assalariado, pois a massa branca trazida da Europa, além de servir aos fins do embranquecimento da população, era considerada mais suscetível de ser educada para o trabalho.

Assim, conforme já foi visto, reservou-se ao liberto o trabalho informal e em condições extremamente precarizadas, quando não o desemprego e a marginalização. Nesse contexto,

> O desemprego dessas massas de pessoas negras, descartadas, foi responsável pela formação do exército industrial de reserva, "(...) apesar do grande índice de mortalidade entre seus membros, em conseqüência da situação subumana em que vivia após a abolição, mortalidade por seu turno, que atuava como fator de equilíbrio demográfico e de *tranqüilidade social*" [grifos do autor]. (MOURA, 1977, p. 39). (*apud* MORAES, BARBOSA, 2019)

Em paralelo, a pena privativa de liberdade se tornou o principal alicerce do poder punitivo por ser "*o instrumento mais apto para o controle social penal dos trabalhadores e do exército de reserva*" (BATISTA, 1997, p. 146).

Com efeito, aí está a longa duração: apesar da abolição da escravatura, o que se observa é a manutenção da lógica de superexploração do trabalho negro e da contenção através da violência corporal.

Mas não é só. Na contemporaneidade, a longa duração encontra questões de curta e/ou média duração. Para introduzir tais questões, é adequada a consideração de Alessandro De Giorgi:

> Nas economias pré-capitalistas, a condição das classes marginais era definida por fatores antes de tudo políticos, que estabelecem as margens de exploração da força de trabalho conforme uma estratificação social baseada em laços de servidão e dependência pessoal das classes subalternas para com as classes dominantes. Porém, com a afirmação do modo de produção capitalista, a condição do proletariado se torna uma função principalmente econômica: a condição material do proletariado é determinada diretamente no interior dos processos de organização e de divisão do trabalho. (2006, p. 40)

Nas últimas décadas, com o avanço do neoliberalismo, a tendência que se observa é de "*expulsão permanente e estrutural da força de trabalho do processo produtivo*"

(2006, p. 15), criando uma massa sobrante que precisa ser controlada de alguma forma. O fenômeno é bem explicado por Giorgi:

> Encontra-se, pois, em andamento um processo de transformação global da economia que sanciona o *esgotamento do modelo industrial fordista* e projeta, ao mesmo tempo, uma configuração de todo inédita das relações de produção. Esta nova articulação envolve, simultaneamente, os diversos planos em torno dos quais se desenvolveu o sistema capitalista ocidental a partir do segundo pós-guerra. De um lado, no que concerne aos sistemas produtivos, vemos consumar-se a progressiva "explosão" do paradigma taylorista de organização do trabalho: a grande fábrica tende a desaparecer do horizonte da metrópole pós-moderna. De outro, e contemporaneamente, consuma-se a crise da estratégia fordista de regulação da dinâmica salarial, isto é, rompe-se o círculo virtuoso que, durante boa parte do século XX , permitiu manter em conjunto o rendimento operário, a produtividade social e o consumo de massa. A tudo isso se acrescenta, *the last but not the least*, um processo de revisão radical das políticas keynesianas de apoio à despesa pública e de intervenção pública na economia, que permitiam manter ou restabelecer, periodicamente, os precários equilíbrios das economias capitalistas ocidentais. (2006, pp. 64-65)

À vista disso, o que se pretende demonstrar é que o encontro da lógica de longa duração - isto é, a lógica do estatuto rebaixado da força de trabalho e do extermínio corporal - com as questões de média e/ou curta duração - a revolução tecnológica promovida pelo capitalismo neoliberal que "*cria uma parcela populacional que extrapola o Exército Industrial de Reserva e por conta disso são consideráveis descartáveis pelo sistema*" (MORAES, BARBOSA, 2019) - resulta no encarceramento massivo de uma parcela muito bem determinada da população, que precisa ser controlada e acaba sendo até mesmo exterminada (MORAES, BARBOSA, 2019).

É o que também se verá com os dados sobre a criminalização terciária, apresentados mais à frente.

2. BIOPOLÍTICA E NECROPOLÍTICA

Para Foucault, um dos principais elementos do poder soberano por muito tempo foi o direito de vida e morte. Na República Romana, situada na Antiguidade Clássica, o direito de matar era exercido pelo instituto do *patria potestas*, segundo o qual o pai de família romano poderia dispor das vidas dos seus filhos e escravos, na medida em que as tinha concedido. Na relação entre o soberano e os súditos na Idade Média, porém, o direito de matar não era mais exercido de maneira ilimitada. Ele era aplicado apenas quando a existência do soberano estava em risco, como no caso das guerras, por exemplo. Em tais circunstâncias, sem propor diretamente a morte dos súditos, o soberano podia expor-lhes a vida. Assim, o poder de matar era exercido de forma indireta.

No entanto, esse poder sofreu uma profunda transformação. Se, até então, o poder soberano incidia mais sobre a morte do que sobre a vida, causando a morte ou deixando viver, ele passa agora a privilegiar a vida, "*que empreende sua gestão, sua majoração, sua multiplicação, o exercício, sobre ela, de controles precisos e regulações de conjunto*" (FOUCAULT, 1999, p. 128).

Num primeiro momento, especificamente a partir do século XVII, o poder sobre a vida concentrou-se no corpo enquanto máquina, visando o seu adestramento e a potencialização da sua utilidade - ao que se dá o nome de disciplina anátomo-política. Já a partir do século XVIII, o poder sobre a vida passou a enfatizar o corpo-espécie, controle

que se faz através da regulação da natalidade, do nível de saúde e da mortalidade, por exemplo. Tal processo de intervenção e controle é chamado de bio-política da população (FOUCAULT, 1999). Nas palavras de Negris, "*a biopolítica cuida essencialmente da mortalidade da população, tentando afastar ao máximo os efeitos deletérios que surgem naturalmente ao longo do desdobramento da vida*". (2020, p. 81).

Nesse contexto, há ainda outro elemento a ser considerado: o racismo. A partir do século XIX, o racismo passa a compor os mecanismos do Estado, estabelecendo uma divisão entre quem deve viver quem deve morrer com justificativa biológica, permitindo, assim, que o antigo direito de matar seja operado em uma sociedade biopolítica. Foucault explica que

> De uma parte, de fato, o racismo vai permitir estabelecer, entre minha vida e a morte do outro, uma relação que não é uma relação militar e guerreira de enfrentamento, mas relação do tipo biológico: "quanto mais espécies inferiores tenderem a desaparecer, quanto mais os indivíduos anormais forem eliminados, menos degenerados haverá em relação à espécie, mais eu – não enquanto indivíduo mas enquanto espécie – viverei, mais forte serei, mais vigoroso serei, mais poderei proliferar" (FOUCAULT, 2005, p. 305).

Desse modo, o racismo de Estado não tem caráter ideológico, mas sim tecnológico. Isso significa que o racismo é uma tecnologia da biopolítica, pois possibilita a eliminação da vida. Com efeito, o discurso político aliado ao discurso biológico foi fundamental para justificar o processo de colonização, pois a transformação do outro em inimigo biológico permite a sua eliminação e a eliminação de povos inteiros, já que estes poderiam significar uma ameaça à espécie.

Para Achille Mbembe, porém, o conceito de biopoder não é suficiente para explicar a maneira como, na contemporaneidade, a vida é subjugada ao poder da morte. Por isso, partindo do conceito de biopolítica de Foucault, Mbembe aprofunda a análise aliando-o ao conceito de estado de exceção, que, junto com a noção de inimizade, se tornaram o fundamento do direito de matar - ao que dá o nome de necropolítica (MBEMBE, 2017).

Estado de exceção é definido por Agamben como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal. É a suspensão total ou parcial do ordenamento jurídico, em que a norma legal está em vigor mas não se aplica, e os atos que não têm valor de lei adquirem força de lei, criando uma zona de anomia. O estado de exceção se torna possível através das normas que permitem a suspensão provisória de direitos e garantias em situações de emergência. Seu objetivo é conter a violência e restabelecer o *status quo*, sendo pensado para ter caráter provisório.

No entanto, Agamben reflete que o estado de exceção, pensado para ser um estado temporário, acaba se tornando um estado permanente.

O autor cita o Estado nazista como exemplo, pois, ao assumir o poder, Hitler promulgou o Decreto para a Proteção do Povo e do Estado, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relacionados às liberdades individuais; assim, ele assumiu o poder sob a vigência da constituição e suspendeu a aplicação das normas constitucionais, criando uma nova ordem jurídica.

Assim, é possível concluir que não são apenas as ditaduras que produzem estados de exceção. Nos Estados constitucionais, o ordenamento jurídico, organizado para controlar a violência, admite através do estado de exceção uma violência que não é pautada pela lei, o que tende a se tornar o paradigma de governo.

Nas palavras de Agamben,

> O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, **a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos**. (2004, p. 13) (grifo meu)

A partir disso, Mbembe afirma que "*as colônias são o local por excelência em que os controles e as garantias de ordem judicial podem ser suspensos – a zona em que a violência do estado de exceção supostamente opera a serviço da "civilização"*" (2016, p. 133). Inclusive, o autor pontua que muitos estudiosos argumentam que os pressupostos materiais do extermínio nazista estão no imperialismo colonial, e faz ainda alusão a Hannah Arendt, para quem o que se viu na Segunda Guerra Mundial nada mais foi do que a extensão dos métodos empregados na colônia.

Mbembe conclui que

> No fim, pouco importa que as tecnologias que culminaram no nazismo tenham sua origem na fazenda ou na colônia, ou que, pelo contrário – a tese foucaultiana – nazismo e stalinismo não tenham feito mais do que ampliar uma série de mecanismos que já existiam nas formações sociais e políticas da Europa ocidental [...] **Um traço persiste evidente: no pensamento filosófico moderno e também na prática e no imaginário político europeu, a colônia representa o lugar em que a soberania consiste fundamentalmente no exercício de um poder à margem da lei (ab legibus solutus) e no qual tipicamente a "paz" assume a face de uma "guerra sem fim."**" (2016, p. 132) (grifo meu)

Traçando um paralelo com o Brasil, pode-se afirmar que a situação carcerária do país constitui um verdadeiro estado de exceção, tendo em vista a relativização - e, com mais frequência, a total suspensão - dos direitos dos indivíduos privados de liberdade, não obstante a legislação protetiva estar em pleno vigor.

Dessa forma, a clientela para a qual o sistema penal prefere se dirigir e a existência de um sistema prisional à margem da legalidade demonstram a propagação do elemento da corporalidade próprio da colônia e, consequentemente, a reprodução da lógica necropolítica.

3. COMPOSIÇÃO DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

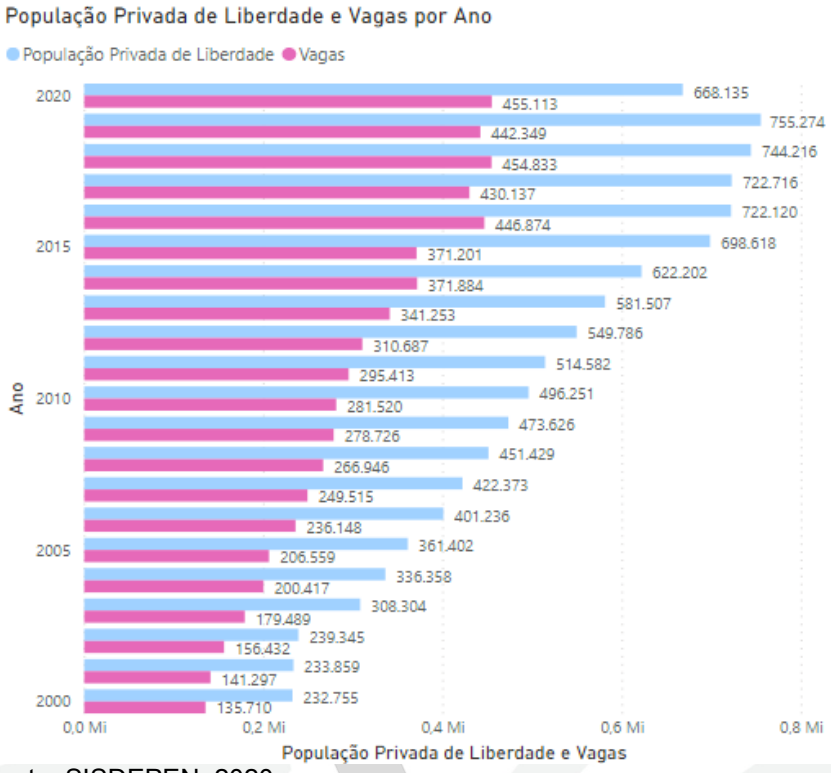
De acordo com dados do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional - SISDEPEN colhidos entre entre julho e dezembro de 2020, haviam 668.135 indivíduos presos em celas físicas no Brasil nesse período.

Nota-se que os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN de julho a dezembro de 2019 apontavam que haviam 748.009 pessoas presas nesse período. Acredita-se que a baixa tenha se dado em virtude do grande número de indivíduos colocados em prisão domiciliar em virtude da pandemia da COVID-19[2] - existem hoje 139.010 presos em prisão domiciliar.

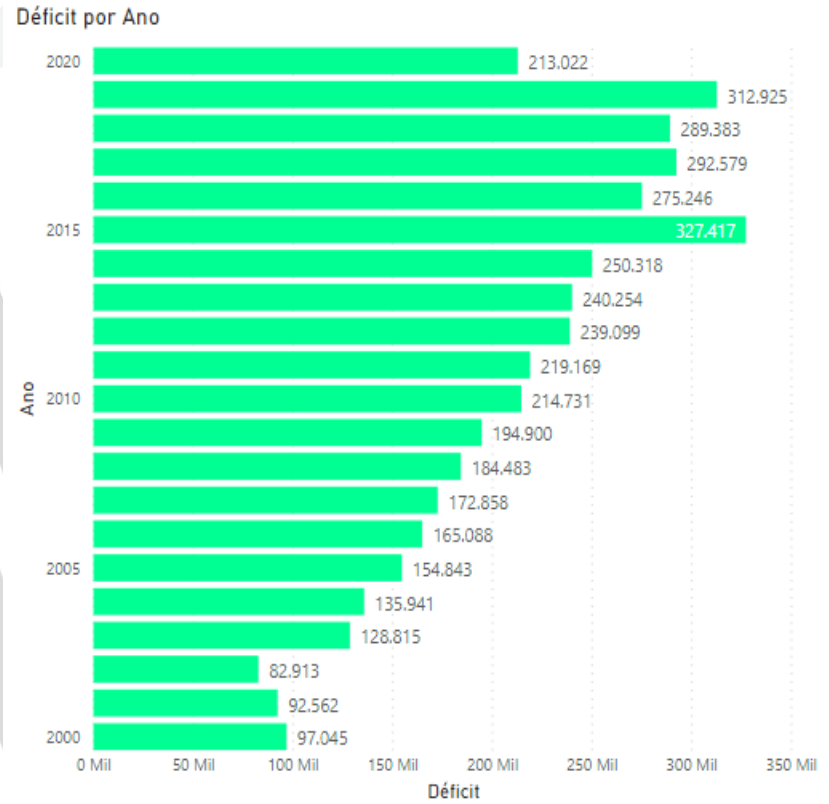
Entre os números da última atualização do SISDEPEN, 95,71% são homens e 4,29% são mulheres - o SISDEPEN não traz informações acerca de outros gêneros.

2. Sobre a prisão domiciliar em tempos de pandemia, ver a Recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf

O número de pessoas privadas de liberdade sempre foi maior que o número de vagas: até 2020, haviam 668.135 pessoas privadas de liberdade para 455.113 vgas.



Fonte: SISDEPEN, 2020.



Fonte: SISDEPEN, 2020.

Em relação à faixa etária, observa-se que 21,15% das pessoas encarceradas possuem entre 18 e 24 anos e 21,48% possuem entre 25 e 29 anos. Tendo em vista que o Estatuto da Juventude (Lei n. 12.852/2013) considera jovem o indivíduo que tenha menos que 29 anos, pode-se concluir que quase metade da população prisional é formada por jovens.

De acordo com o Mapa do Encarceramento, de 2005 a 2012, a maior parte da população prisional do Brasil era composta por jovens entre 18 e 24 anos. Considerando apenas os dados de 2012 e somente a parcela para a qual a informação sobre idade estava disponível, constatou-se que 54,8% das pessoas privadas de liberdade no Brasil eram jovens.

A última atualização do SISDEPEN, que compreende o período de julho a dezembro de 2020, apurou que 49,92% da população carcerária é considerada parda, 16,06% é considerada preta, 32,9% é considerada branca, 0,92% é considerada amarela e 0,19% é considerada indígena.

Nesse ponto, não há como deixar de observar que

> As relações interétnicas entre pessoas brancas e negras, associadas a uma política de seletividade imigrantista, produziriam contingente humano de cor parda (ou demais variações nominais da cor) localizado no primeiro degrau de um pódio, no qual a mais alta posição equivaleria à eliminação física completa da "mancha negra" (NASCIMENTO, 1978). (MORAES; BARBOSA, 2019)

E ainda que

> Um brasileiro é designado preto, negro, moreno, mulato, crioulo, pardo, mestiço, cabra – ou qualquer outro eufemismo; e o que todo o mundo compreende imediatamente, sem possibilidade de dúvidas, é que se trata de um homem-de-cor, isto é, aquele assim chamado descendente de escravos africanos. (NASCIMENTO, 1978, p. 42)

Prosseguindo, o Mapa do Encarceramento constatou que, em relação ao nível de escolaridade, a maior parte dos apenados não completou o ensino fundamental. Sobre a cor/raça dos encarcerados, observou-se que, em todo o período analisado, existiram mais presos negros do que brancos no país, e ainda que, quanto mais aumenta a população prisional, mais aumenta o número de negros privados de liberdade.

O racismo institucional presente no sistema prisional brasileiro fica evidente ao comparar o número de negros e brancos presos com o número de habitantes negros e brancos: em 2012, a cada 100 mil habitantes brancos acima de 18 anos, havia 191 brancos encarcerados, ao mesmo tempo em que, para 100 mil habitantes negros acima de 18 anos havia 292 negros encarcerados.

Outro indicador importante são os tipos de crime que ensejam mais prisões: de acordo com dados coletados entre julho e dezembro de 2020, os crimes patrimoniais e de drogas - estes referentes às leis n. 6.368/76 e n. 11.343/2006 - representam mais da metade das prisões, sendo 40,91% e 29,9%, respectivamente. Tais dados apontam para uma seletividade penal, já que as prisões ocorrem mais nesses tipos de crimes[3].

4. INFRAESTRUTURA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

3. Sobre seletividade penal, ver SANTOS, Z. X. S. dos; DIAS, F. da V. Encarceramento da população negra: análise do sistema punitivo brasileiro com base na teoria do Labeling Approach e na Criminologia Crítica. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 15, p. 105–130, 2016. Disponível em: https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/207. Acesso em: 20 jun. 2021.

Parece ser notório que o sistema prisional brasileiro carece de uma infraestrutura que respeite minimamente a dignidade humana e as normativas nacionais e internacionais sobre o tema. Ainda assim, nota-se uma certa escassez de dados concretos e organizados a respeito da infraestrutura do sistema prisional brasileiro.

O fenômeno foi observado no Relatório Bianual (2018-2019) do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura - MNPCT:

> O MNPCT desde o ano 2015 vem apontando para a inconsistência dos dados sobre a população prisional no Brasil, as estruturas estatais, destinadas para a sistematização e compilação de dados referentes a população prisional, não dispõem de meios mínimos para produção de informações fidedignas que possam diagnosticar com precisão o perfil socioeconômico das pessoas em privação de liberdade, as condições de cumprimento de pena e direcionar o fomento das políticas públicas. A ausência de infraestrutura e metodologia padronizada, integrada entre estados e o governo federal para captação de dados e levantamentos estatísticos, produz cenários de total desinformação. Não ter dados e ou não manter atualizadas informações referentes às pessoas privadas de liberdade, implica em falta de transparência na gestão do serviço público. (p. 17)

Os poucos dados encontrados são em sua maioria empíricos e não padronizados. O Relatório Bianual (2018-2019) do MNPCT, por exemplo, aponta para a existência de uma estrutura física precária na grande maioria dos estabelecimentos prisionais visitados, mas não há dados concretos sobre alimentação, saneamento básico, iluminação, ventilação, acomodações, fornecimento de itens de higiene básica, enfim.

Da mesma maneira, o Relatório Anual 2016-2017 MNPCT-Brasil também aponta que "*a infraestrutura de muitos estabelecimentos prisionais apresenta condições absolutamente precárias, insalubres, impondo risco à integridade física e psicológica dos presos*" (apud CHIES; ALMEIDA, 2019, p. 76).

No mesmo sentido, dados do Geopresídios, sistema mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, apontam que apenas 0,9% das prisões brasileiras estão em excelente estado. Nessa análise, foram considerados elementos como acomodação, lotação, serviços oferecidos, assistência médica, etc.

Tomando como exemplo a Cadeia Pública de Porto Alegre, que é o maior presídio do país, vê-se o estado de caos em que se encontra o sistema prisional brasileiro. No ano de 2019, o local que tem capacidade para 1.824 pessoas abrigava 4.276 presos - situação de superlotação que, como já foi visto, também é observada em todo o país.

Em 2008, um estudo realizado pela Comissão de Direitos da Organização dos Estados Americanos (OEA) e por uma CPI da Câmara dos Deputados classificou o referido estabelecimento prisional como o pior do país e o pior de toda a América Latina. Já em 2014, o presídio figurou entre as seis piores prisões do Brasil, conforme estudo promovido pela Pastoral Carcerária, pela ONG Justiça Global e por pesquisadores. Alguns motivos que ensejaram tais classificações foram o saneamento básico precário, a sujeira, a má qualidade da água e o controle das facções no local. Não bastasse, o local possui esgoto a céu aberto, ninhos de ratos, baratas e pombos - que inclusive defecam nos tubos de água.

Conforme análise do defensor público Alexandre Brandão Rodrigues,

> [...] O Estado não tem controle do que acontece lá dentro. Certamente, há muitos abusos, mas eles não são registrados, e a lei do silêncio impede que os presos

> façam reclamações, sob pena de comprometer ainda mais a sua segurança. Então, não se tem um registro adequado do que acontece lá dentro.

As condições de infraestrutura verificadas na Cadeia Pública de Porto Alegre são reproduzidas na maioria esmagadora dos estabelecimentos prisionais do Brasil, que violam direitos básicos e tolhem a finalidade de ressocialização.

5. MORTES NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

De acordo com dados do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional - SISDEPEN, entre julho e dezembro de 2020, 830 pessoas faleceram no sistema prisional.

Entre os homens, óbitos naturais ou por motivo de saúde foram a causa de 69,9% das mortes, óbitos criminais foram a causa de 9,07% das mortes, óbitos por suicídio representaram 10,71% das mortes, óbitos com causas desconhecidas 8,31% e óbitos acidentais 2,02%.

Entre as mulheres, óbitos naturais ou por motivo de saúde foram a causa de 77,78% das mortes, o suicídio representou 16,67% das mortes, e tanto óbitos criminais quanto por causas desconhecidas representaram 2,78%.

O limitado número de categorias é um indício da imprecisão, da fragilidade e da subjetividade na apuração dos dados, o que é observado sobretudo no índice de óbitos por causas desconhecidas. Também chama atenção o considerável índice de mortes por suicídio e a ausência de uma categoria específica de doenças psiquiátricas entre as patologias apresentadas pelos encarcerados. Aqui, o Estado reconhece a sua incompetência em proteger vidas sob a sua tutela (CHIES; ALMEIDA, 2019).

Com efeito,

> A ausência de uma melhor qualidade teórica e metodológica no estabelecimento das categorias e no registro de variáveis (tais como idade, gênero, situação processual, etc.) não só oculta o fenômeno em relação a uma visibilidade pública da questão, mas também impede uma mais acurada compreensão do mesmo e inviabiliza análises comparativas entre países e regiões (Gual, 2016). (*apud* CHIES; ALMEIDA, 2019, p. 70)

Ademais,

> Mortes por enfermidades, por exemplo, via de regra tendem a ser computadas como por causas naturais. No entanto, dadas as condições de degradação dos ambientes prisionais (insalubridade, superlotação etc.), deveriam em grande parte dos casos serem computadas como mortes decorrentes de violência coletiva social/política por privação ou negligência em relação ao direito e à assistência à saúde. (CHIES; ALMEIDA, 2019, p. 71)

Em 2014, o INFOPEN comparou a taxa de mortalidade por 100 mil presos no sistema prisional e por 100 mil habitantes no Brasil. Para a população geral, a taxa foi de 29,1, enquanto para a população privada de liberdade a taxa foi de 95,23 (DEPEN, 2015).

O Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura-Brasil (MNPCT-Brasil), no Relatório Anual 2015-2016, concluiu

> existir uma ambiguidade no funcionamento das unidades prisionais visitadas: por um lado o Estado é omisso e não exerce sua função de acompanhamento da execução penal, de monopólio da força legítima e de garantia dos direitos das

> pessoas privadas de liberdade; por outro, busca estar presente através da ação de agentes de segurança quase sempre por meio da violência e da entrada de forças especiais. (apud CHIES; ALMEIDA, 2019, p. 75)

Por fim, não é possível ignorar as mortes por rebeliões no sistema prisional. Uma reportagem promovida pelo Jornal Folha de São Paulo apresentou as rebeliões que mais deixaram mortos no país, dados que foram compilados da seguinte maneira (CHIES; ALMEIDA, 2019, p. 77):

Quadro 4. Alguns dos eventos que mais mortes produziram em presídios brasileiros, 1987-2017

Data Ano/mês	Número de Mortos*	Casa Prisional	Estado	Protagonistas das Mortes**
1987/07	31	Presídio do Carandiru	São Paulo	Polícia
1989/02	18	42.º Distrito Policial de São Paulo	São Paulo	Polícia
1992/10	111	Presídio do Carandiru	São Paulo	Polícia
2002/01	27	Casa de Detenção José Mário Alves da Silva (Urso Branco)	Rondônia	Presos
2004/06	34	Casa de Custódia de Benfica--Rio de Janeiro	Rio de Janeiro	Presos
2010/11	18	Complexo Penitenciário de Pedrinhas	Maranhão	Presos
2017/01	59	Complexo Penitenciário Anísio Jobim-Manaus	Amazonas	Presos
2017/01	4	Cadeia Pública Desembargador Raimundo Vidal Pessoa	Amazonas	Presos
2017/01	6	Unidade Prisional Puraquequara-Manaus	Amazonas	Presos
2017/01	33	Penitenciária Agrícola de Monte Cristo-Boa Vista	Roraima	Presos
2017/01	26	Penitenciária de Alcaçuz	Rio Grande do Norte	Presos

Fonte: *Folha de São Paulo*, 2017 (compilado pelos autores). *Números oficiais. Existem contestações acerca de tais números em diferentes casos. **A noção de protagonismo aqui utilizada não exclui, caso a caso, que o outro polo de atores não tenha uma atuação coadjuvante em relação às mortes.

Fonte: CHIES; ALMEIDA, 2019.

Ressalta-se que a análise do quadro não pode ser limitada à dicotomia de mortes promovida por policiais e mortes promovida por presos. Para Chies e Almeida, o fenômeno precisa ser analisado a partir de outros elementos.

> Destes elementos as degradadas e desumanas condições estruturais e operacionais dos sistemas prisionais são relevantes. O déficit de vagas e a superlotação dos estabelecimentos prisionais é um problema crônico no Brasil, apesar das diferenças estaduais. [...] Neste contexto, a superlotação e a degradação estrutural e operacional dos estabelecimentos prisionais são um estopim para eventos de motins e rebeliões que se convertem (numa

> complexidade ainda maior de motivações) em massacres. (CHIES; ALMEIDA, 2019, p. 78)

Assim, "*a violência coletiva, em especial política por privação ou negligência em relação aos direitos é uma chave analítica que deve ser explorada*" (CHIES; ALMEIDA, 2019, p. 79).

Em conclusão, apesar da escassez de dados - ou justamente por isso - é possível afirmar que o Estado brasileiro não só é conivente como também cria um ambiente propício à morte dentro do sistema prisional, mortes essas que, tanto do ponto de vista político quanto do ponto de vista social, parecem pouco importar.

6. PERSPECTIVAS

Muito embora o principal objetivo deste trabalho seja demonstrar a existência de uma lógica necropolítica vigente no sistema prisional brasileiro, é importante ao menos finalizá-lo apresentando brevemente algumas perspectivas a essa realidade.

No Brasil, existe um grande movimento de resistência impulsionado por organizações da sociedade civil no sentido de fomentar o desencarceramento e efetivar os direitos fundamentais das pessoas encarceradas.

O trabalho desenvolvido por Sallet, Almeida e Gomes categorizou os principais tipos de organização, identificando: as religiosas; as promotoras dos direitos humanos; as protetoras de grupos vulnerabilizados específicos; as de atuação preponderante de categorias profissionais; e as populares com atuação local (2021).

Dentre essas, se destacam as organizações populares de cunho local, a exemplo da Associação de amigos e familiares de presos/as (AMPARAR); Grupo de Amigos e Familiares de Pessoas em Privação de Liberdade; Associação de Voluntários Integrados no Brasil; Mães de Maio; Fórum Social de Manguinhos, etc. (SALLET, ALMEIDA, GOMES, 2021, p. 211). Isso porque elas atuam além do mundo jurídico, fazendo trabalho de base e mobilizando as vítimas do sistema em sentido amplo, representando uma verdadeira expressão de resistência.

Também exerce um importante papel a Agenda Nacional pelo Desencarceramento, que é um programa popular de desencarceramento e desmilitarização composto por familiares de vítimas do sistema prisional, egressos, integrantes de movimentos sociais e de direitos humanos. O objetivo principal da agenda é reduzir a população prisional e garantir minimamente aos encarcerados e suas famílias dignidade e sociabilidade.

Para tanto, a agenda possui 10 pontos principais[4]:

> 1. Suspensão de qualquer verba voltada para a construção de novas unidades prisionais ou de internação;
> 2. Exigência de redução massiva da população prisional e das violências produzidas pela prisão;
> 3. Alterações legislativas para a máxima limitação da aplicação de prisões preventivas;
> 4. Contra a criminalização do uso e do comércio de drogas;
> 5. Redução máxima do sistema penal e retomada da autonomia comunitária para a resolução não-violenta de conflitos;
> 6. Ampliação das Garantias da LEP;
> 7. Ainda no âmbito da LEP: abertura do cárcere e criação de mecanismos de controle popular;
> 8. Proibição da privatização do sistema prisional;

4. Ver Agenda Nacional pelo Desencarceramento. Disponível em: https://desencarceramento.org.br/

9. Prevenção e Combate à Tortura;
10. Desmilitarização das polícias e da sociedade.

Sem pretensão de esgotar o tema, o que se pretende evidenciar é que existem inúmeras organizações da sociedade civil que lutam contra o encarceramento em massa e pela efetivação dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, ações que, além de fortalecerem o Estado Democrático de Direito (SALLET, ALMEIDA, GOMES, 2021), também representam uma forma de resistência à lógica necropolítica posta em marcha pelo Estado brasileiro no sistema prisional.

No entanto, apesar da suma importância que as referidas organizações possuem e da intensa luta promovida por elas, tem-se que elas buscam promover medidas paliativas para um problema que na verdade é estrutural. Veja-se, não é negar a importância da existência e da continuidade das ações das organizações da sociedade civil. É dizer que, para um problema estrutural, a solução precisa ser estrutural.

Explica-se. No decorrer deste trabalho, constatou-se que o racismo é a espinha dorsal do sistema penal desde o momento da sua criação até os dias de hoje. Aliado a isso, tem-se que o discurso jurídico-penal brasileiro não corresponde à realidade do sistema penal e prisional. De fato, Zaffaroni já asseverava que

> A verificação desta contradição requer demonstrações mais ou menos apuradas em alguns países centrais, mas, na América Latina, esta verificação requer apenas uma observação superficial. A dor e a morte que nossos sistemas penais semeiam estão tão *perdidas* que o discurso jurídico-penal não pode ocultar seu desbaratamento valendo-se de seu antiquado arsenal de racionalizações reiterativas: achamo-nos, em verdade, frente a um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade. (2001, p. 12) (grifo no original)

Foi constatado também que esse sistema penal à margem da legalidade se traduz na reprodução da lógica necropolítica, que é oriunda do período colonial. Oriunda e não herança porque a lógica necropolítica não é estática, isto é, não ficou no passado, mas constitui um elemento visceral que está presente em todos os níveis do sistema penal. Todas essas características "*não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais*" (ZAFFARONI, 2001, p. 15)

Por isso,

> Hoje, temos consciência de que a realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico-penal, e de que **todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais**. (ZAFFARONI, 2001, p. 15) (grifo meu)

Dessa forma, conclui-se que a principal - senão única - maneira de superar a lógica necropolítica e consequentemente eliminar as mazelas decorrentes do cárcere é através da supressão desse sistema penal.

Para tanto, o enfrentamento que se coloca necessariamente é um enfrentamento radical, o qual se vislumbra no horizonte abolicionista, tema que, apesar de extrapolar a discussão do presente trabalho, é uma conclusão direta do que foi exposto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O principal objetivo deste trabalho foi aliar a análise da lógica sobre a qual se fundou o sistema penal brasileiro aos dados atuais sobre a composição, infraestrutura e mortalidade no sistema prisional pátrio, para verificar se continua operando o método necropolítico da colônia.

Esse estudo confirmou que, desde a colônia, está em marcha um projeto necropolítico que tem como alvo a população negra, e que hoje o Estado brasileiro o executa principalmente através do sistema prisional.

Para se chegar a essa conclusão, no primeiro capítulo foram analisados os sistemas penais brasileiros, onde ficou demonstrado que o racismo é a lógica fundante do sistema penal e que continuou sendo o seu princípio norteador ao longo de toda a história. O racismo é, portanto, um elemento visceral de todos os sistemas penais brasileiros, inclusive o atual. Também foi visto que o estatuto rebaixado da força de trabalho e o extermínio corporal são questões de longa duração, e o seu encontro com as questões de média ou curta duração, isto é, a lógica neoliberal que gera um exército industrial de reserva, resultam no encarceramento massivo.

No segundo capítulo, que trata sobre os conceitos de biopolítica e necropolítica, se constatou que o conceito de necropolítica é o que se adequa à realidade brasileira. É que, de acordo com Foucault, a biopolítica privilegia a vida, tentando evitar a morte dos indivíduos - mas não a de todos. Nesse sentido, o racismo constitui uma tecnologia da biopolítica, pois estabelece a divisão entre quem deve viver e quem deve morrer com base na raça.

No entanto, foi visto que, para Mbembe, tal conceito não é suficiente para explicar como a vida é subjugada ao poder da morte na contemporaneidade. Por isso, aliando a noção de biopolítica à noção de estado de exceção, Mbembe propõe o conceito de necropolítica, pois ainda que a biopolítica tenha sido fundamental para justificar o processo de colonização, as colônias têm uma peculiaridade: nelas, todos os controles e garantias podem ser suspensas, o poder é exercido à margem da lei e as violências são ilimitadas.

É precisamente essa a forma que opera o sistema prisional brasileiro, que é um verdadeiro estado de exceção. Apesar da vasta legislação protetiva estar em vigor, o que se vê é a total suspensão dos direitos dos indivíduos privados de liberdade.

É o que ficou evidente do capítulo quarto ao sexto. Os dados sobre a composição do sistema prisional brasileiro analisados no capítulo quarto mostram que ele é composto majoritariamente por homens jovens, negros, de baixa escolaridade e presos por crimes patrimoniais, o que evidencia existência de racismo institucional.

Já os dados sobre a infraestrutura do sistema prisional - ou a escassez deles - vistos no capítulo quinto mostram que o ambiente do sistema prisional é precário e insalubre, em absoluto desacordo com a legalidade da Constituição Federal e da Lei de Execução Penal.

No capítulo sexto, foram analisados os dados sobre mortalidade no sistema prisional brasileiro, estudo que demonstrou a imprecisão, a fragilidade e a subjetividade dos dados, bem como que o Estado brasileiro é conivente e cria um ambiente propício à morte dentro do sistema prisional.

Por fim, o capítulo sétimo apresenta perspectivas à realidade do sistema prisional brasileiro, ressaltando a importância dos movimentos de resistência impulsionados pelas organizações da sociedade civil, especialmente as de cunho local, mas concluindo que,

por ser uma característica estrutural do sistema penal, a lógica necropolítica só poderá ser superada através da supressão desse sistema.

Por tudo isso, conclui-se que o racismo é o eixo central do sistema penal brasileiro e que a realidade do sistema prisional é contrária ao discurso jurídico-penal, circunstâncias que evidenciam a ação de um projeto de necropolítica que perpassou todos os sistemas penais brasileiros e continua vigente, só podendo ser superado por meio da supressão do próprio sistema penal.

No mais, tem-se que o trabalho desenvolvido abre caminho para uma série de estudos futuros, especialmente no tocante ao abolicionismo penal, mas também sobre a saúde no sistema prisional - tema que não pode ser tratado sem considerar a pandemia da COVID-19 - a lógica necropolítica no âmbito da atuação policial, enfim.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. 1ª. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

Agenda Nacional pelo Desencarceramento. Disponível em: https://desencarceramento.org.br/. Acesso em: 23 out. 2021.

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. África, números do tráfico atlântico. In: Lilia M. Schwarcz e Flávio Gomes, **Dicionário da Escravidão e Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, pp. 57-63.

BARALDI, Tereza Cristina Albieri. **Estado de Exceção**. Revista Org & Demo, v. 12, n. 01, p. 115-120, 2011.

BATISTA, Nilo. A violência do estado e os aparelhos policiais. In: **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade, ano 2, 1997.

BATISTA, Nilo. Sistemas penais brasileiros. In: **Verso e reverso do controle penal**: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Volume 2. Organizadora: Vera Regina Pereira de Andrade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, pp. 147-158.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. **Lei n. 7.210**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. **Mapa do Encarceramento**: Os jovens do Brasil. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/noticias_seppir/noticias/junho/mapa-do-encarceramento-aponta-maioria-da-populacao-carceraria-e-negra-1. Acesso em: 23 mar. 2021.

BRAUDEL, Fernand. **História e Ciências Sociais**. A longa duração. Revista de História, n. 62, v. XXX, abril-junho de 1965.

BRAUDEL, Fernand. História e Ciências Sociais: a longa duração. In: **Escritos sobre a História**. Trad. J. Guinburg e Tereza Cristina Silveira da Mota. São Paulo: Perspectiva, 2007. p.41-78.

Caos penitenciário: Menos de 1% dos presídios estão em excelente estado, diz pesquisa do CNJ. [*S. l.*], 7 jun. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-jun-07/presidios-sao-excelentes-aponta-pesquisa-cnj. Acesso em: 30 mar. 2021.

CHIES, Luiz Antônio Bogo; ALMEIDA, Bruno Rotta. **Mortes sob custódia prisional no Brasil:** prisões que matam; mortes que pouco importam. Revista de Ciencias Sociales, DS-FCS,, Uruguai, vol. 32, n.º 45, pp. 67-90, julho-dezembro, 2019.

Departamento Penitenciário Nacional (Antigo DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Infopen, dezembro de 2014. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo Negro Caído No Chão**: O Sistema Penal e o Projeto Genocida Do Estado Brasileiro. 2006. Dissertação de Mestrado em Direito - Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: http://repositorio.unb.br/handle/10482/5117. Acesso em: 8 abr. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Martins Fontes: São Paulo, 2005. (Curso proferido em 1975-1976).

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I**: A vontade do saber. 13ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999.

GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

LEÃO, Karolaine; RODRIGUES, Tamires. **Presídio Central é o retrato do caos do sistema carcerário brasileiro**. [*S. l.*]: Humanista - Jornalismo e Direitos Humanos, 24 out. 2019. Disponível em: https://www.ufrgs.br/humanista/2019/10/24/presidio-central-e-o-retrato-do-caos-do-sistema-carcerario-brasileiro/. Acesso em: 31 mar. 2021.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. Arte & Ensaios, Rio de Janeiro, ed. 32, p. 123-151, 2016. Disponível em: https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993. Acesso em: 23 mar. 2021.

MBEMBE, Achille. **Políticas da Inimizade**. 1ª ed. Lisboa: Antígona, 2017. Cap. Necropolítica, p. 107-152.

Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura-Brasil (2019). Relatório Anual 2018-2019. Brasília.

MELLO, Ricardo Marques de. **As três durações de Fernand Braudel no Ensino de História**: proposta de atividade. Revista História Hoje, [s. l.], v. 6, ed. 11, p. 237-254, 2017. Disponível em: https://rhhj.anpuh.org/RHHJ/article/viewFile/330/232#:~:text=J

%C3%A1%20a%20hist%C3%B3ria%20na%20longa,mal%20e%20veicula%20mui%20longamente. Acesso em: 2 out. 2021.

MORAES, Giselle; BARBOSA, Isabel. **Genocídio da população negra e política de embranquecimento**: alguns apontamentos. COPENE SUDESTE: Vidas negras importam: afirmação de direitos das populações negras e indígenas e fortalecimento da luta antirracista, Vitória/ES, 2019. Disponível em: https://www.copenesudeste2019.abpn.org.br/resources/anais/14/copenesudeste19/1563759712_ARQUIVO_eb1766aa7f2e2b97bf23b650d7b4e16b.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

NASCIMENTO, Abdias. **O Genocídio do negro brasileiro**: Processo de um racismo mascarado. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1978.

NEGRIS, Adriano. **Entre Biopolítica e Necropolítica:** uma questão de poder. Revista Ítaca: Edição Especial - Filosofia Africana, ed. 36, p. 79-102, 2020. Disponível em: https://revistas.ufrj.br/index.php/Itaca/issue/view/1404. Acesso em: 24 mar. 2021.

OSORIO, Jaime. **Estructuras, sujetos y coyuntura**: desequilibrios y arritmias en la historia. Iztapalapa , [s. l.], p. 13-28, julio-diciembre 1998.

POBLET, Maria Del Mar Ferrer Jordá. **A Dimensão Espaço-Temporal em Fernand Braudel**: Aportes Teóricos Para a Geografia. 2011. Dissertação (Pós-Graduação em Geografia) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

SALLET, Bruna Hoisler. ALMEIDA, Bruno Rotta. GOMES, Thais Bonato. **A potencialidade da sociedade civil brasileira na defesa dos direitos das pessoas presas**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPel): Dossiê Prisões, Dano Social e Contextos Contemporâneos (Anais do II Congresso Internacional Punição e Controle Social: prisões, controle e dano social na América Latina), v. 07, n. 1, pp. 201-214, 2021.

Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. SISDEPEN, dezembro de 2020. Brasília: Ministério da Justiça, 2020.

SOUSA, F. B. de; SOARES, J. de F.; BEZERRA NETO, F. das C.; CAIANA, C. R. A.; MEDEIROS, A. C. de; SILVA, E. P.; FRANÇA JÚNIOR, R. P.; FÉLIX, M. da C. S.; WANDERLEY, H. G. F.; MARACAJÁ, P. B. **Sistema prisional brasileiro: infraestrutura, rebeliões e administração de crises**. Research, Society and Development, [S. l.], v. 9, n.º 7, p. e633974342, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em Busca das Penas Perdidas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: BREVE SÍNTESE E OS MEIOS DE PROTEÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Ivan Guimarães Pompeu[1]
Italo Nogueira de Moro[2]
Luanjir Luna da Silva[3]

Resumo: O presente trabalho foi dedicado à análise do direito do consumidor frente ao avanço das relações de consumo, abordando suas garantias básicas e princípios, bem como, à sua evolução conceitual e procedimental ao longo do tempo, embasados pelas diretrizes da lei 8.078/90. Convém salientar que com o distanciamento social, tais relações de clientes e empresas foram fragilizadas, portanto, destaca-se a necessidade de apresentar os meios de proteções e fomentar as formas alternativas para resolução de conflito. Ademais, neste artigo houve a análise dos impactos do dano eficiente e da propaganda enganosa, que se encontram na contramão das correntes doutrinárias e jurisprudenciais, que a priori, foram objetos utilizados neste estudo. Por fim, além de contrapor os meios de acesso à justiça pelo consumidor lesionado expondo a morosidade do judiciário e a eficiência dos métodos alternativos, foi reiterado que os legisladores buscaram seguir, em regra, o melhor interesse das relações, valorando os laços interpessoais construídos em nossa sociedade.

Palavras-chave: Relação de consumo. CDC. Consumidor. Princípios. Garantias básicas.

Abstract: The present document was dedicated to do an analysis of the consumer rights due to the evolution of the consumer relations, addressing its basic guarantees and principles, as well as its conceptual and procedural advancement over time, grounded on the guidelines of the law 8.078/90. It should be noted the social distancing, such costumer and company relationships we're fragilized, therefore, the need to present the means of protection and foment alternative ways to resolve conflicts is highlighted. Furthermore, in this article there is an analysis of the impacts of efficient damage and misleading advertising, which are against the current doctrine and jurisprudence, which a priori, were topics used in this study. Finally, in addition to opposing the means of access to justice by the affected consumer, exposing the sluggishness of the judiciary and the efficiency of alternative methods, it was reiterated that legislators sought to follow, usually, the best interest of relationships, valuing the interpersonal ties built in our society.

Keywords: Consumer relations, Consumer Defense Code, Consumer, Basic guarantees.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o Código de Defesa do Consumidor, leia-se, relação de consumidor e fornecedor, que vem sendo cada vez mais notória no contexto brasileiro. Isso se deve ao fato de que nossa sociedade se encontra em uma crescente evolução, e, portanto, é incontestável que as relações consumeristas estão aumentando.

Ademais, além de todos artigos taxados em lei, observa-se que o CDC é um código principiológico, que visa buscar o equilíbrio das relações, uma vez que por ter adotado um

1. Orientador do artigo. Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2017). Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. (2010). Curso de Law and Economics pela University of Chicago (2015). Especialista em Direito Empresarial pelo Centro de Atualização em Direito (CAD) em parceria com Universidade Gama Filho. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Fundação Mineira de Educação e Cultura (2006). Possui graduação em Administração com habilitação em Comércio Exterior pela Faculdade de Ciências Gerenciais da UNA (2001). Tem experiência em Direito Privado, notadamente Direito Societário, Direito Falimentar, Títulos de Crédito, Fusões e Aquisições, Contratos em Espécie e Obrigações. E-mail: ivanpompeu@hotmail.com
2. Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário UNA, Belo Horizonte - Unidade Barreiro. E-mail: Italo.demoro@hotmail.com.
3. Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário UNA, Belo Horizonte - Unidade Barreiro. E-mail: luanjir@hotmail.com.

sistema de cláusulas abertas, consegue prevê, em regra, todas situações possíveis de ocorrer em uma sociedade.

Nesse ínterim, é discorrido no artigo sobre os direitos dos destinatários finais de produtos ou serviços, de forma que tenham cada vez mais consciência e responsabilidade em como se comportar em situações de litígio, o que preserva os seus interesses sociais e evita que sejam enganados, em especial pela propaganda enganosa ou pelo dano eficiente.

Cláudia Lima Marques e Antônio Herman V. Benjamim relatam que destinatário final é:

> (...) o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem, incluindo o serviço contratado no seu, para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor, utilizando-o no seu serviço de construção, nos seus cálculos do preço, como insumo da sua produção. (MARQUES e BENJAMIM, 2006, p. 83-84)

Por fim, para que seja ainda mais efetiva a utilização dos meios deste código, é demonstrado o quão benéfico pode ser a utilização dos meios de proteção ao consumidor, isso porque muitas vezes eles não conhecem o melhor caminho e acabam desistindo de resguardar seus direitos.

1. SÍNTESE DA RELAÇÃO DE CONSUMO E O AMPARO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

Indubitavelmente as relações de consumo são inerentes a todo ser humano que habita nosso planeta, sendo irresoluto sua classe social, etnia, religião e cultura. Observa-se que este meio de adquirir um produto e/ou serviço acompanha a sociedade desde muito antes do nascimento do cristianismo, onde já existia por exemplo troca de alimento entre as pessoas por produtos a qual necessitavam.

Nesse sentido, é notório que para a concretização das relações de consumo se faz necessário a existência de duas partes, sendo: consumidor e fornecedor. O primeiro, em regra, adquire produto ou serviço que visem suas necessidades e anseios, já o segundo, produz produto para expor a venda ou presta serviço de forma que atenda o consumidor.

Entendendo o avanço das relações, a Constituição Federal de 1988 se atentou em evidenciar no seu texto as pretensões da sociedade pré regime militar, oferecendo respaldo legal para que fosse promulgado o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078 de 1990, que por sua vez trouxe uma maior efetividade e consciência das obrigações e direitos, tanto para os fornecedores quando para os consumidores.

Nota-se que a lei supracitada no início de sua redação se preocupou em distinguir quem adquire produtos e/ou serviços de quem os fornece, veja:

> Art. 2° Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
> Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.
> Art. 3° 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. (Lei 8.078 de 1990)

Ademais, o referido código deixa expresso nos parágrafos do artigo 3º a classificação de produtos e serviços:

> § 1° Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
> § 2° 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. (Lei 8.078 de 1990)

Desta forma, o código de Defesa do Consumidor objetivou normatizar as relações e enraizar os seus princípios, tornando efetivo o exercício da cidadania e fortalecendo os consumidores que deixaram de ser, ao menos sob o aspecto de proteção legal, vulneráveis e hipossuficientes.

Outrossim, o CDC é um microssistema de proteção de defesa, com regras e princípios próprios. Dessa forma, percebe-se que ele possui uma posição de destaque no ordenamento jurídico, sendo uma norma supralegal que possui princípios próprios. Ainda em tempo, vale ressaltar que em caso de eventual conflito de normas, deverá ser aplicada a que melhor protege o vulnerável, tal como o artigo 7º descreve:

> Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. (Lei 8.078 de 1990)

Antes de adentrar aos seus princípios e garantias básicas, reitera-se que o art. 24º, nos parágrafos 1,2,3 e 4 da CF/88, permite que os Estados possam legislar sobre matéria de consumo, entretanto, as normas só serão aplicadas quando o CDC for omisso, não possui regramento próprio e se a legislação estadual não for oponível aos seus princípios.

2. PRINCÍPIOS E GARANTIAS BÁSICAS DO CONSUMIDOR

No que se refere aos direitos do consumidor, a Constituição Federal de 1988 determina em seu art. 5, inciso XXXII, que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Desta forma, resguardado na carta magna, a lei 8.078 dispõe sobre as proteções do consumidor, e seu art. 4º prevê:

> Art. 4º - A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
> I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;
> II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:
> a) por iniciativa direta;
> b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;
> c) pela presença do Estado no mercado de consumo;
> d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

> III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;
> IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;
> V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;
> VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;
> VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;
> VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo (Lei 8.078/90)

Além de todo respaldo jurídico taxado em lei, verifica-se que o código de defesa do consumidor possui princípios que visam proporcionar o equilíbrio nas relações consumeristas, atendendo de forma objetiva as necessidades dos consumidores, levando em consideração sua saúde, segurança e dignidade, bem como a transparência, informação adequada e repúdio a práticas abusivas, para que desta forma exista transparência e harmonia entre as partes.

Antes de iniciarmos este tópico, é válido entender que princípio, no aspecto conceitual, é a base da norma, a razão pela qual existe, o norte verdadeiro a ser seguido pelo sistema normativo jurídico.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo, princípio é definido como:

> Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e sentido servido de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (MELLO, 1991, p.230)

Diante do exposto, entendendo o que é princípio, citaremos brevemente abaixo os mais importantes nas relações consumeristas, sendo: vulnerabilidade do consumidor, hipossuficiência, intervenção estatal, boa-fé objetiva, informação, publicidade, adequação, práticas abusivas, reparação integral e princípio do acesso à justiça.

Vulnerabilidade do Consumidor: Previsto no artigo 4º, inciso I da Lei 8.0078/90, reconhece a fragilidade do consumidor como agente mais fraco das relações. Este princípio estabelece quais vínculos contratuais estarão sob a assistência desta lei e de seu sistema de combate ao abuso.

Hipossuficiência: Rizzatto Nunes cita que: “O significado de hipossuficiência do texto do preceito normativo do CDC não é econômico, é técnico.” (2012, p. 852). Sendo assim, a hipossuficiência é um conceito fático e deve ser averiguada em cada caso. Além disso, observa-se que o art. 6º, inciso VIII, dispõe sobre a inversão do ônus da prova, como forma de proteção do consumidor.

> VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências. (Lei 8.078 de 1990)

Intervenção Estatal: O Estado deve promover a defesa do consumidor, elaborando normas que atendam ao interesse coletivo e fiscalizando se elas estão sendo cumpridas. A ação governamental pode se dar por: Iniciativa direta; incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; presença do estado no mercado de consumo; garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

Boa fé Objetiva: As partes devem se pautar na lealdade e cooperação entre consumidor e fornecedor, objetivando abdicar os abusos praticados, cuidando para que os interesses particulares não se sobreponham aos interesses sociais.

Informação: O princípio da informação admite que as expectativas do consumidor em relação a um produto ou serviço sejam alcançadas. O artigo 4º, IV, do Código do Direito do Consumidor descreve que:

> IV – educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo" (Lei 8.078 de 1990)

Publicidade: Para Maria Helena:

> são aqueles que regem a informação ou mensagem publicitária, evitando quaisquer danos ao consumidor dos produtos ou serviços anunciados, tais como: liberdade, o da legalidade, o da transparência, o da boa-fé, o da identificabilidade, o da vinculação contratual, o da obrigatoriedade da informação, o da veracidade, o da lealdade, o da responsabilidade objetiva, o da inversão do ônus da prova na publicidade e o da correção do desvio publicitário. (DINIZ, 2008).

Adequação: O princípio da adequação considera a qualidade e segurança dos produtos e serviços oferecidos, buscando a uniformização dos interesses nas relações de consumo, sob pena de responsabilização conforme disposto em lei.

Práticas abusivas: Este princípio se encontra no artigo 39º do CDC e objetiva garantir que o fornecedor não venha agir de forma abusiva, aproveitando de sua posição.

> Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Lei 8.078 de 1990)

Reparação integral: Por meio dele, o consumidor lesionado deve ser ressarcido de forma integral. Este princípio encontra respaldo no artigo 6º do CDC, que relata:

> VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; (Lei 8.078 de 1990)

Acesso à justiça: Encerrando nossa lista, por último e não menos importante se encontra o acesso à justiça, que inclusive, se encontra protegido no artigo 6º, inciso XII e XIII do CDC, veja:

> VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;
> VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências" (Lei 8.078 de 1990)

3. RELAÇÃO DE CONSUMO FRENTE ÀS FALHAS DE PRODUTOS E SERVIÇOS

Conforme o avanço do tempo é indubitável o aumento da relação de consumo, no qual a todo momento estamos adquirindo produtos e serviços, e ainda, os consumidores são a todo o momento bombardeados por propagandas que criam uma necessidade de compra, produzindo um consumo desenfreado.

Nesse sentido, pela grande produção de produtos ou prestação de serviço, o consumidor está frente aos riscos das falhas que vão na contramão do CDC, infringindo os direitos à saúde, à segurança, à integridade e à dignidade dos consumidores.

Note que o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, inciso I, relata que:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
> I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; (Lei 8.078 de 1990)

Henrique Avelino Lana e Daniel M. do Patrocínio, como juristas do ramo empresarial, sabem bem que os fabricantes e fornecedores podem, mesmo sem intenção, oferecer serviços ou produtos que divergem da obrigação assumida pelo prestador, veja:

> De fato, no exercício deste tipo de atividade, existe o risco de que o serviço ou o produto, por uma inconsistência de determinado processo de produção, atendimento ou mesmo logística seja executado ou produzido de forma inadequada, diversa da que fora contratada pelo consumidor. Assim, pode ocorrer a completa inexecução da obrigação assumida pelo prestador, pelo fabricante ou fornecedor, ou mesmo a entrega viciada em favor do consumidor. (LANA e PATROCÍNIO, 2011, p. 1-20)

Ademais, nota-se que os fornecedores, quando se enquadram nesta situação, vão em desencontro com a lei, que resguarda os consumidores de possíveis lesão. O jurista Rizzatto Nunes (2012) pontua:

> Assim, se o consumidor não é considerado como uma pessoa real, mas como um mero número que tem certo valor econômico, não há mesmo necessidade de respeitá-lo e nem de enxergá-lo. A hipótese de perda de um cliente não é vista como uma descontinuidade dos negócios nem como um rompimento indesejado: basta que a situação esteja prevista dentro do quadro estatístico que cuida da inadimplência e das rupturas. Se estiver dentro do previsto, não haverá preocupação. São números. O consumidor é um número. (NUNES, 2012)

Portanto, o consumidor deve se atentar a todos os produtos e serviços prestados, como por exemplo o contrato de adesão, para que sejam fornecidos de forma justa, respeitando não só o código supracitado, mas todos os princípios envolvidos.

4. PROPAGANDA ENGANOSA

A grosso modo a propaganda pode ser interpretada como ato publicitário que visa levar o consumidor ao erro, ou seja, o fornecedor apresenta informações irreais sobre determinado produto ou serviço levando o consumidor ao engano, de forma ilegal. Desse modo, resta-se evidente a importância da veiculação de ofertas verídicas e reais, o que fortalece a cadeia de consumo respeitando os moldes do CDC.

Nesse contexto segue o entendimento de Herman Benjamin ao dispor sobre a publicidade e importância das informações claras e concisas:

> “A oferta, publicitária ou não, deve conter não só informações verídicas, como também não ocultar ou embaralhar as essenciais. Sobre produto ou serviço oferecido, ao fornecedor é lícito dizer o que quiser, para quem quiser, quando e onde desejar, e da forma que lhe aprouver, desde que não engane, ora afirmando, ora omitindo.”.(STJ, 2019, p. 10-14).

Sendo assim, reitera-se que a prática da publicidade enganosa e abusiva é proibida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor Brasileiro, prevista no artigo 37, caput e parágrafos 1,2 e 3. Veja:

> Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
> § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.
> § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.
> § 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. (Lei 8.078 de 1990)

Ainda, a publicidade enganosa é toda manifestação de caráter publicitário que induza o consumidor ao equívoco, sendo disseminada tanto na forma ativa quanto na forma passiva, portanto, independe se está ou não na propaganda de forma clara e objetiva.

Ademais, o artigo 35 deste mesmo código, prevê que qualquer oferta diferente da publicidade, assegura o consumidor com garantias pré-determinadas, sendo elas:

> Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:
> I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;
> II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;
> III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos. (Lei 8.078 de 1990)

Por fim, cumpre salientar que é de suma importância que o consumidor investigue todo o conteúdo do produto e/ou serviço antes da aquisição, atentando-se as palavras pequenas e aos textos que possam ocultar informações, para que nenhum de seus direitos sejam infringidos, sucessivamente, ocasionando o desgaste da busca pela reparação.

5. MEIOS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR LESADO

Conforme elucidado ao longo deste artigo, restou-se evidente que o consumidor é assegurado por princípios dos quais são de suma importância para equilibrar o mercado de consumo. Ou seja, para suprir a hipossuficiência daquele que está adquirindo um bem ou serviço é necessário que este detenha prerrogativas no meio do qual pertence, assim possibilitando que as relações com os fornecedores (lato sensu) sejam justas e equilibradas.

Visto que a relação de consumo é respaldada por direitos e deveres, é necessário entender que caso algum direito assegurado seja violado, ensejará a possibilidade de obter reparação pela parte lesada. Sobretudo, deve-se ressaltar que existem diversas formas de obter reparação de direito lesionado, seja ela por intermédio do diálogo ou por vias judiciais na qual via de regra um terceiro decide se haverá reparação e qual será com base no que foi pedido.

Entretanto, é inquestionável que o sistema judicial nacional apesar de se atualizar com dada frequência não consegue comportar tantas demandas de forma justa, rápida e eficaz, fato este que ocasiona a mora e a insatisfação dos resultados, gerando mais lentidão devido aos inúmeros recursos interpostos. Pois bem, devido aos fatos expostos os consumidores cada vez mais passam a aderir a outra via, sendo esta a do diálogo, seja por meio de e-mails institucionais, serviço de atendimento ao consumidor, pós-venda e afins. Porém, conforme já mencionado, o universo consumerista é um verdadeiro "campo minado" do dano eficiente e tal prática muita das vezes atinge a tentativa de diálogo pelos meios providos pelo fornecedor.

Neste caso, nasce o questionamento: Se a justiça é morosa e serviço de atendimento ao consumidor não reparam as ofensas, o que fazer para ter uma prestação justa e rápida?

De imediato o que se pensa é que para atender tal anseio, o consumidor pode buscar órgãos como o Procon ou a justiça especial, conhecida pela sua agilidade ao ser comparada com a justiça comum. De fato, são meios dos quais comparados à justiça e aos serviços de atendimento das empresas, são mais ágeis, no entanto, devido a globalização e aumento considerável de pessoas com acesso a rede de internet, surgiram sítios nos quais o consumidor pode efetuar reclamações e posteriormente avaliar o atendimento.

Sendo assim, podemos citar dois dos diversos meios de reclamações de compra, como o Reclame Aqui, que é uma plataforma existente a mais de 20 anos, cujo propósito é assegurar aos consumidores que manifestem sobre possíveis danos sofridos na relação de consumo, de forma que a avaliação feita após resposta do fornecedor, serve de métrica para outros consumidores comprarem ou não com o prestador. Neste caso, o fator chave que levam as empresas a resolverem as demandas quando questionadas no Reclame Aqui, é que caso tenham uma avaliação ruim, por consequência sua imagem ficará suspeita perante ao mercado, de forma que caso um possível consumidor veja este pode acabar optando em procurar outra empresa, sabendo dos riscos do pós-venda de não ser reparado em caso de dano.

De outro lado, temos o serviço do consumidor.gov.br, que é monitorado pela Senacon (Secretaria Nacional do Consumidor) criada pelo Ministério da Justiça, Procons, Ministérios Públicos e pelas avaliações da sociedade, conforme ocorre no Reclame Aqui. Desta feita, é possível evidenciar semelhanças nas duas plataformas de interlocução

entre consumidores e fornecedores, entretanto, no caso do consumidor.gov.br, existe o respaldo da análise dos órgãos públicos.

Ademais, vale ressaltar que até abril de 2021 a plataforma consumidor.gov.br não obriga a participação das empresas, assim como o Reclame Aqui, todavia com a edição da portaria nº 12, de 5 de abril de 2021, em decorrência da pandemia e o aumento nos conflitos relacionado ao consumo que foram impedidos de serem sanados muita das vezes pelo isolamento social, algumas empresas dos grupos listados devem, obrigatoriamente, se cadastrar na plataforma, sendo estas:

> Art. 2º Deverão cadastrar-se na plataforma consumidor.gov.br, até trinta dias contados da entrada em vigor desta Portaria, os seguintes fornecedores:
> I. empresas com atuação nacional ou regional em setores que envolvam serviços públicos e atividades essenciais, conforme definidos pelo Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020;
> II. plataformas digitais de atendimento pela internet dedicadas ao transporte individual ou coletivo de passageiros ou à entrega de alimentos;
> III. plataformas digitais e marketplaces que realizem a promoção, oferta, venda ou intermediação de produtos próprios ou de terceiros, comercialização de anúncios, publicidade, bem como provedores de conexão, de aplicação, de conteúdo e demais redes sociais com fins lucrativos; e
> IV. agentes econômicos listados entre as duzentas empresas mais reclamadas, anualmente, no Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública (Sindec), conforme levantamento da Coordenação-Geral do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor.
> §1º A obrigação de que trata o caput somente se aplica às empresas que, individualmente ou através de seus respectivos grupos econômicos:
> I. tenham faturamento bruto de, no mínimo, cem milhões de reais no último ano fiscal;
> II. tenham alcançado uma média mensal igual ou superior a mil reclamações em seus canais de atendimento ao consumidor no último ano fiscal; ou
> III. sejam reclamados em mais de quinhentos processos judiciais que discutam relações de consumo até o último ano civil.
> §2º A apuração quanto ao cumprimento desta Portaria ficará a cargo da Coordenação-Geral do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor. (PORTARIA GAB-SENACON/SENACON/MJSP Nº 12, DE 5 DE ABRIL DE 2021)

Sendo assim, caso as empresas listadas não realizarem o cadastro e cumprirem com os requisitos da plataforma e suas portarias, poderão ser investigadas por infrações contra as normas de proteção ao consumo, conforme artigo 3º da portaria supracitada:

> Art. 3º Na hipótese de falsidade ou enganosidade no preenchimento dos requisitos do art. 1º ou de descumprimento desta Portaria, o fornecedor poderá ser investigado por infração contra as normas de proteção e defesa do consumidor. (PORTARIA GAB-SENACON/SENACON/MJSP Nº 12, DE 5 DE ABRIL DE 2021)

A importância do uso das plataformas mencionadas, se reforçam pelo fato já evidenciado, que são as avaliações, pois devido a elas os fornecedores tendem a reparar os danos para obter uma avaliação positiva, o que garante a compra de consumidores que realizam a análise desses dados.

Sendo assim, para elucidar, podemos comparar o índice de solução de algumas empresas perante o Procon SP e reclamações realizadas no consumidor.gov.br no estado de São Paulo. Como por exemplo, a Eletropaulo, fornecedora de energia elétrica no

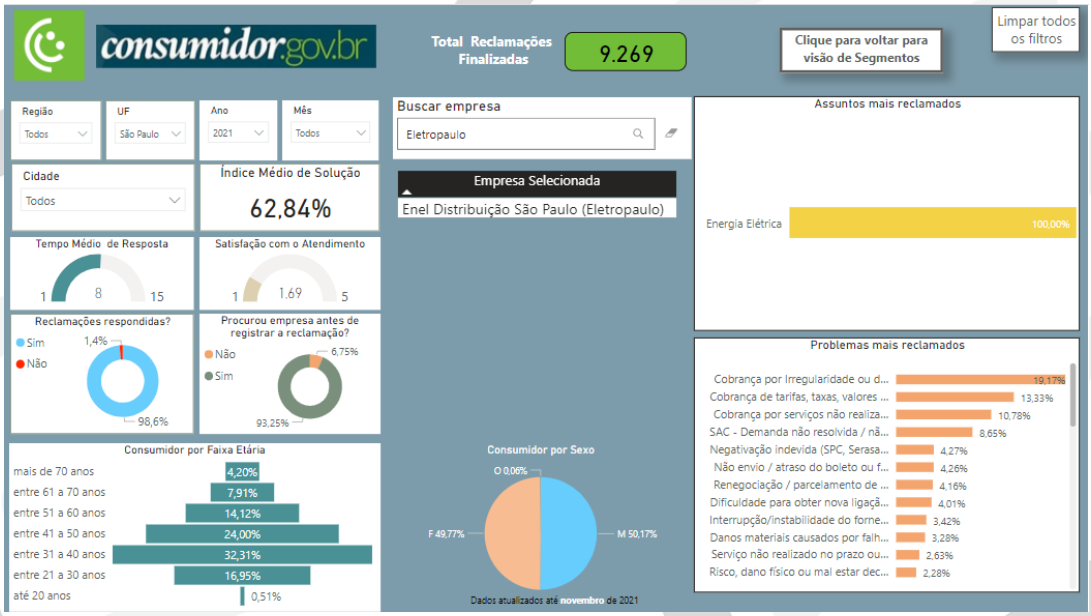
estado de São Paulo, que teve o índice de solução 10,84% menor nas reclamações realizadas no Procon SP:

Procon SP – Ranking Atendimentos – 01/jan a 31/ago/2021

Critérios: Abrange CIPs emitidas no período, envolvendo emissões do Sindec e do novo sistema de atendimento: Procon SP Digital, recepcionados pelo site do Procon SP e nos postos de atendimento presenciais mantidos pela Fundação Procon SP.

	Empresa / Grupo	Total	Índice Solução
1º	FACI.LY SOLUCOES E TECNOLOGIA LTDA.	58.794	46,39%
2º	ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A / ENEL	28.811	52,00%

Fonte: https://sistemas.procon.sp.gov.br/rank_estadual/Ranking_50_mais_%20jan_ago_2021.pdf



Fonte: consumidor.gov.br[4]

Destarte, nota-se que existem diversas forma de requerer a reparação de um direito, entretanto, que algumas são mais lentas e ineficazes, já outras mais rápidas e certeiras. Sobretudo, cada caso deve ser analisado sob a proporção do dano causado, ademais, antes mesmo de adquirir um bem ou serviço é importante que o consumidor utilize as ferramentas disponibilizadas na *internet* para verificar o índice de satisfação dos clientes, assim evitando desgastes com danos que poderiam ter sido evitados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Historicamente, o Código de Defesa de Consumidor passou por vários reajustes de acordo com cada momento que esteve presente na sociedade. Como visto, o código supracitado vem deste antes o cristianismo, e perpassou por toda nossa sociedade até os dias atuais.

4. https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMWVjZDg0NzItYjcyYy00MDE5LWFhNmYtNzg0Zjg2ZWMxZDdiIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9

Desta forma, a promulgação da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor redimensionou esse assunto trazendo uma considerável transformação conceitual e procedimental, com consequências positivas sobre a matéria.

Outro relevante tópico abordado foi o dano eficiente e a publicidade enganosa, que vai na contramão dos princípios e garantias básicas. Ademais, a Lei 9.078/1990 preocupou-se em estabelecer requisitos rígidos para as relações, visando sempre a segurança e o bem-estar das partes envolvidas, promovendo ao máximo a harmonia social.

Nessa vertente, foram expostas, em apertada síntese, as garantias básicas do consumidor, assim como os seus princípios no ordenamento jurídico brasileiro. Ato contínuo, foram confrontadas as metodologias de reparação a possíveis danos aos direitos supracitados, de forma a contribuir com a escolha do formato ideal para compensação de possível lesão no caso concreto.

Observou-se então que o CDC foi uma conquista que passou por diversos contratempos, sendo taxada em lei somente no mundo atual. Por esse motivo, atualmente, o instituto é tratado com muita seriedade, sobretudo com os olhos totalmente voltados as relações consumeristas, a fim de assegurar o consumidor e ao fornecedor um amparo legal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Brasília,1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Legislação Federal. Sítio eletrônico internet - planalto.gov.br. Acesso em mar 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial **n° 1.828.620-RO (2019/0220243-7).** Recorrente: L F IMPORTS LTDA. AUTOVEMA VEÍCULOS LTDA. Relator: Ministro Herman Benjamin. Rondônia: STJ, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CONSUMIDOR.GOV.BR. Disponível em: https://www.consumidor.gov.br/. Acesso em: 3 jan. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2008. 4 v.

GOV.BR. **PORTARIA GAB-SENACON/SENACON/MJSP Nº 12, DE 5 DE ABRIL DE 2021.** Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-gab-senacon/senacon/mjsp-n-12-de-5-de-abril-de-2021-312825057. Acesso em: 3 jan. 2022.

LANA, Henrique Avelino R. P., PATROCÍNIO, Daniel Moreira. **Imperiosa reflexão mediante analise econômica do direito – law and economics: dano eficiente nas**

relações de consumo. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2010/discentes/IMPERIOSA%20REFLEXAO%20MEDIANTE%20ANALISE%20ECONOMICA%20DO%20DIREITO.pdf>. Acesso em: 27 de mar. 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª Ed.,São Paulo, Editora Revista do Tribunais, 2006.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 230.

NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, 7. Ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

NUNES, Luis Antônio Rizzato. **O consumidor tratado como produto e que pode ser desprezado**. Migalhas. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI154634,71043O+consumidor+tratado+como+produto+e+que+pode+ser+desprezado>. Acesso em: 20 mar 2020.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Tratado de direito do consumidor: doutrina, prática forense e legislação.** São Paulo: Jurídica brasileira, 2010.

PROCON SP. **Procon SP – Ranking Atendimentos – 01/jan a 31/ago/2021.** Disponível em: https://sistemas.procon.sp.gov.br/rank_estadual/Ranking_50_mais_%20jan_ago_2021.pdf. Acesso em: 3 jan. 2022.

RECLAME AQUI. Disponível em: https://www.reclameaqui.com.br/. Acesso em: 3 jan. 2022.

SAAD, Eduardo Gabriel. SAAD, José Eduardo Duarte. BRANCO, Ana Maria Saad C. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor e sua jurisprudência anotada: Lei n. 8.078, de 11.9.90. 6. ed.rev. e amp. São Paulo: LTr, 2006.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Princípios gerais da defesa do consumidor**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, II, n. 4, fev 2001. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2113>. Acesso em: 20 de mar 2020.

STJ. **Os limites da publicidade diante dos direitos do consumidor.** Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/15082021-Os-limites-da-publicidade-diante-dos-direitos-do-consumidor.aspx. Acesso em: 3 jan. 2022.

A RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS E ADMINISTRADORES NA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PERANTE A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA – EFEITOS CÍVEIS

Julia De Simas Leal[1]
Beatriz Regina Branco[2]

Resumo: O presente estudo trata da desconsideração da personalidade jurídica e como ocorre a responsabilidade dos sócios e administradores. O tema tem relevância e importância jurídica, tendo em vista suas implicações na responsabilidade imputada aos sócios e administradores, vez que a trata com maior objetividade, trazendo esclarecimentos que geram uma segurança jurídica mais estável. O objetivo geral é analisar a responsabilização dos sócios e administradores em cada sociedade empresarial e na desconsideração da personalidade jurídica perante a lei de liberdade econômica, com foco nos efeitos cíveis. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfica. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. A expectativa deste artigo é contribuir para o maior entendimento da responsabilização através do instituto da desconsideração da personalidade jurídica após as alterações feitas pela Lei 13.874. Os resultados mostram que existe a possibilidade da retirada da personalidade jurídica nos casos de fraude com a intenção de prejudicar credores, para que ocorra efetivamente a satisfação das dívidas, atingindo os patrimônios particulares dos sócios ou administradores beneficiados com a fraude.

Palavras-chave: responsabilidade, desconsideração da personalidade jurídica, liberdade econômica.

Abstract: The present study deals with the disregard of legal personality and how the liability of partners and administrators. The subject has legal relevance and importance, in view of its implications for the responsibility attributed to partners and administrators, since it treats it with greater objectivity, bringing clarifications that generate more stable legal certainty. The general objective is to analyze the liability of partners and administrators in each business company and the disregard of legal personality before the law of economic freedom, with a focus on civil effects. The methodology is qualitative, of the bibliographic type. The method is deductive with a level of descriptive depth. The expectation of this article is to contribute to a better understanding of accountability through the institute after the changes made by Law 13.874. The results show that there is a possibility of withdrawing legal personality in cases of fraud with the intention of harming creditors, so that debts can effectively be satisfied, reaching the private assets of the partners or administrators benefited from the fraud.

Keywords: responsibility, disregard of legal personality, economic freedom.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de pesquisa a responsabilização dos sócios e administradores nas sociedades empresariais e no instituto da desconsideração da personalidade jurídica perante a Lei 13.874 de 20 de setembro de 2019, popularmente conhecida como Lei de Liberdade Econômica. Tal lei traz parâmetros objetivos para a responsabilização, trazendo a necessidade de comprovação de requisitos para que ocorra a efetiva imputação da responsabilidade pela má gestão empresarial.

Ademais, abordado o surgimento da personalidade jurídica e a importância da autonomia patrimonial. Além de como ocorre a responsabilização dos sócios e administradores dentro de cada sociedade empresarial em situações normais de responsabilização, ou seja, que não incluam abuso da personalidade jurídica.

Outrossim, a personalidade jurídica apesar de limitar a responsabilização dos sócios e administradores, possibilitou o exercício de fraudes com o intuito de prejudicar

1. Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.
2. Professora Mestre de direito empresarial e coordenadora do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

credores, e neste cenário o instituto da desconsideração da personalidade jurídica é a solução ideal para responsabilizar sócios e administradores causadores da fraude que lesou credores e terceiros de boa fé. Sendo assim, o instituto protege interesses de terceiros de boa-fé que possuam relações econômicas com as empresas inadimplentes e que não podem ser prejudicados pelos atos de fraudes ou abusos da personalidade jurídica.

Este artigo conceitua a personalidade jurídica, discorre sobre a responsabilização dos sócios e administradores das sociedades empresariais em situações de insolvência livres de fraude, bem como discorre sobre as mudanças trazidas pela lei de liberdade econômica ao artigo 50 do Código Civil, além da forma de instauração do incidente da desconsideração da personalidade jurídica.

1. A PERSONALIDADE JURÍDICA E A RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS

O direito desenvolveu um mecanismo jurídico para atribuir personalidade a entes coletivizados, através de personalidade distinta e o preenchimento de requisitos, conforme Mamede (2022, p. 40) “constituição de um artifício jurídico: o reconhecimento das coletividades organizadas como pessoas jurídicas, atribuindo-lhes personalidade distinta da personalidade de seus membros, desde que preenchidos certos requisitos definidos em lei”. Sendo a personalidadejurídica de suma importância para a constituição das sociedades empresariais na atualidade, será abordado neste tópico o surgimento dela através da história das primeiras sociedades, como ela se constitui na atualidade em cada sociedade empresarial e por fim, como ocorre a responsabilização dos seus sócios e administradores nestas sociedades.

1.1. Histórico

As primeiras sociedades surgiram na Idade Média, sendo elas a sociedade em nome coletivo e a sociedade em comandita simples. A sociedade em nome coletivo era composta por membros do mesmo núcleo familiar ou de confiança, sendo um negócio estritamente ligado às famílias da época conforme Tomazette (2021, p. 154) “a princípio, os irmãos continuavam a exercer a atividade do pai, constituindo uma espécie de comunidade familiar, destacando-se o elemento da amizade familiar”.

Por conta destas sociedades serem inicialmente formadas por familiares, a sociedade civil realizava negócios com elas por causa da confiança que tinham nas pessoas que integravam a sociedade, e como consequência ocorria a mistura da responsabilidade do negócio com a de todos os membros, como pessoas físicas. Conforme Scalzilli (2009, s. p.) “os negócios eram feitos em nome da coletividade e, naturalmente, seus membros eram pessoalmente responsáveis pelas dívidas do grupo, caso essa não as honrasse”. Esse aspecto reforça que ainda não existia a distinção clara da personalidade jurídica e da personalidade física de cada membro, sendo então todos responsabilizados pelas obrigações sociais e arcando com seu patrimônio pessoal além do da sociedade.

Por outro lado, a sociedade em comandita simples derivou do contrato de comenda ou também chamado de empréstimo marítimo, neste contrato uma pessoa entregava dinheiro ou mercadorias ao capitão do navio para que este negociasse por conta própria e depois retornasse com o lucro para dividi-lo com quem investiu no negócio, conforme Tomazette (2021, p. 155):

> Em tal contrato, uma pessoa denominada *commendator* entregava dinheiro ou mercadorias a um capitão de um navio denominado *tractator*, para que este em nome próprio negociasse mercadorias. O resultado de tal negociação era revertido em proveito de ambos, mas o *commendator* não assumia qualquer responsabilidade além do valor entregue. Assim, o contrato se caracterizava pela presença de um prestador de capital com riscos limitados e de um exercente da atividade em nome próprio, que punha em jogo o seu nome e seu patrimônio.

Neste tipo societário surge um pouco mais de resguardo quanto a responsabilidade dos sócios, pois existe dois tipos bem distintos, quais sejam os sócios comanditados e os sócios comanditários. O primeiro investe seu capital na sociedade e gerencia o negócio unilateralmente, tendo responsabilidade subsidiária perante a sociedade, porém ilimitada, pois todo o seu patrimônio particular poderá ser usado para quitar as dívidas sociais, enquanto os sócios comanditários não possuem nenhuma responsabilidade pelas obrigações sociais, tendo duas condições para adquirir tal resguardo que seria o pagamento das suas quotas sociais e não efetuar nenhum ato de gestão, conforme Mamede (2022, p. 99):

> O grande incentivo dado aos comanditários (investidores) é não lhes atribuir responsabilidade pelas obrigações da sociedade, desde que tenham integralizado suas quotas. Em oposição, se a sociedade não adimplir suas obrigações, os sócios comanditados deverão fazê-lo, com seu patrimônio pessoal.

Após a contribuição dessas duas sociedades para o início da personalidade jurídica e a autonomia patrimonial, ocorreram os primeiros vislumbres da sociedade anônima, também na Idade Média, com a criação da Casa di San Giorgio em 1407 na Itália em Gênova. Nessa época os particulares emprestavam dinheiro ao Estado e podiam cobrar tributos em troca, conforme Tomazette (2021, p. 183):

> Em tal período, era comum que os particulares fizessem empréstimos ao Estado, recebendo em contrapartida o direito de cobrar tributos. Para facilitar tal atuação, os particulares formavam uma associação, cujo capital era representado por títulos transmissíveis (representativos dos créditos para com o Estado). Trata-se, em verdade, da primeira instituição com os elementos principais das sociedades anônimas, mas não de uma sociedade anônima propriamente dita.

Mas como dito, ainda não eram sociedades anônimas propriamente ditas, estas apenas foram vislumbradas no século XVII com as sociedades coloniais de navegação e comércio, por exemplo com a Companhia das Índias Orientais. Esta sociedade anônima surge para assumir uma destinação estatal, qual seja, colonizar o ‘novo mundo’, conforme Scalzilli (2009, s. p.):

> Essas enormes empresas nasceram estreitamente ligadas ao Estado de vasto império ultramarino, mas que não dispunha de recursos financeiros suficientes para mantê-lo e desenvolvê-lo, entre eles Holanda, Inglaterra, França, Espanha e Portugal. Para que as novas terras pudessem ser exploradas de maneira vantajosa, fez-se necessária a comunhão de esforços, sobretudo de capitais, entre Estado e particulares.

Justamente a partir dessa necessidade de união de capitais, era que o Estado concedia outorga a sociedade anônima, trazendo o reconhecimento da autonomia patrimonial entre o patrimônio da sociedade e o de seus sócios. Consequentemente, limitava também a responsabilidade de seus sócios apenas as ações que eles haviam

pagado, ou seja, ao montante financeiro que eles investiram nas companhias. O êxito das sociedades anônimas decorre da possibilidade de conseguir o investimento de altos capitais com a limitação da responsabilidade dos sócios, ou seja, dos investidores, pois estes conseguiam prever o tamanho de seu prejuízo antecipadamente caso o negócio não desse certo, conforme Scalzilli (2009, s. p.):

> O sucesso das companhias coloniais foi possível porque a sociedade anônima se mostrou um mecanismo extremamente eficiente para o fomento dos grandes empreendimentos, ou seja, para os quais se necessitava vultosa quantidade de capital. Com efeito, a total limitação da responsabilidade dos sócios ao capital investido na companhia lhes garantia saber, de antemão, o prejuízo máximo que poderiam amargar em caso de insucesso da empresa.

Com a concessão da autonomia patrimonial e a distinção nítida entre a personalidade das sociedades e a personalidade das pessoas físicas, faz surgir a personalidade jurídica de forma clara. Outrossim, a limitação da responsabilidade dos sócios ao valor que estes pagaram em suas ações, reforça a autonomia patrimonial e a distinção entre os patrimônios da sociedade e das pessoas físicas que a integram, dessa forma impulsionam as sociedades anônimas justamente por trazer mais segurança para os negócios e seus investidores.

1.2. Constituição da Personalidade Jurídica nas sociedades empresariais

As sociedades empresariais são aquelas que possuem atividade econômica organizada, que não exerça profissão intelectual, científica, literária ou artística com colaboradores ou não, salvo se constituir elemento de empresa conforme dispõe o artigo 966 do Código Civil (BRASIL, 2002). Sendo considerado elemento de empresa quando a atividade intelectual, por exemplo, não for uma atividade exercida isoladamente, mas parte de uma empresa nos dizeres de Cometti (2013, s. p.):

> Ser a profissão intelectual elemento de atividade organizada em empresa, ou simplesmente, elemento de empresa, significa ser parcela dessa atividade e não a atividade em si, isoladamente considerada. É o caso, por exemplo, do médico que agrega a prática da medicina um ‘SPA’, onde ao paciente se oferece repouso e alimentação.

O ato constitutivo é o documento construído pelos membros da sociedade que serve para conferir a ela constituição jurídica, ou seja, sua criação, existindo dois tipos, o contrato social e o estatuto social, havendo necessidade de ambos serem escritos, conforme Mamede (2021, p. 48):

> A convenção de constituição deve ser reduzida a termo, vale dizer, o ato constitutivo deve ser comprovado por meio de um instrumento escrito e levado a registro, não comportando expressão tácita ou verbal. [...] O ato constitutivo é o primeiro elemento da dimensão escritural da pessoa jurídica; funciona como elemento jurídico de fundação/criação, na medida em que deve ser levado a registro.

Este ato constitutivo é muito importante para todas as sociedades, porque este definirá a estrutura delas, os direitos dos sócios, como funcionará a administração, votações, vedações aos sócios, responsabilidades etc.

A principal diferença entre o estatuto social e o contrato social está na espécie empresarial que abrangem, pois o estatuto social abrange as sociedades por ações e entidades sem fins lucrativos, enquanto o contrato social compreende os demais tipos de sociedades (FRANTZ, 2019). Outra diferença importante é que no estatuto social conterá apenas os nomes dos sócios fundadores e não precisará ser alterado a cada troca de sócios, isto ocorrerá em livro próprio justamente para facilitar, enquanto no contrato social o nome dos sócios deverá estar presente no ato constitutivo, e será alterado a cada troca social, conforme Mamede (2022, p. 116):

> Ao contrário do que se passa com o contrato social, o estatuto não traz o nome dos sócios da empresa, mas apenas registra aqueles que estavam presentes à sua fundação, dispensando alterações quando haja cessão de ações e, com ela, da condição de sócio; essa transferência será feita em livro próprio.

Entretanto, não basta a criação do ato constitutivo, independente se é estatuto social ou contrato social, é necessário também ocorrer o registro do mesmo, conforme artigo 45 do Código Civil (2002, s. p.) “começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro”, sendo que o órgão responsável pelo registrodos atos constitutivos das empresas mercantis ou empresariais se dá nas Juntas Comerciais, conforme depreende-se do artigo 1.150 do Código Civil (BRASIL, 2002). Ademais, o registro serve para dar publicidade a terceiros, ou seja, dar conhecimento as pessoas de fora da sociedade empresarial, pertencentes a sociedade civil.

1.3. Responsabilidade dos sócios e administradores nas sociedades empresariais

1.3.1.Sociedade em nome coletivo

A responsabilidade dos membros é ilimitada e solidária, vinculando o patrimônio pessoal dos sócios para o pagamento das dívidas sociais, conforme Venosa e Rodrigues (2020, p. 150) “porque a responsabilidade dos sócios é ilimitada e solidária. Outrora justificava-se sua previsão, mercê a simplicidade de sua constituição e de seu funcionamento”, justamente por ser uma sociedade que surgira dentro do seio familiar e dependia da confiança entre os seus membros.

Necessário frisar de que a responsabilidade dos sócios é subsidiária perante a sociedade, isso significa que primeiro deverá ser utilizado o patrimônio desta para satisfazer as dívidas, e só então, caso não ocorra a satisfação integral dos créditos, é que poderá ser cobrado dos sócios de forma ilimitada, conforme Mamede (2022, p. 98) “as obrigações devem ser exigidas da pessoa jurídica e, somente se esta não puder satisfazê-las, nascerá para o credor o direito de voltar-se contra um ou mais sócios, recorrendo ao seu patrimônio pessoal, de forma ilimitada”, sendo dessa forma obrigatória esta ordem de cobrança.

Os administradores possuem o dever de agir com o zelo e cuidado durante o desempenho de suas funções como se os negócios fossem seus, conforme o artigo 1.011 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002). E caso descumpram com esse dever, agindo com culpa, acarretará responsabilidade pela indenização das perdas e danos, conforme artigo 1.016 do Código Civil (2002, s. p.) “os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções”, podendo ser solidária se houver mais de um administrador.

1.3.2. Sociedade em comandita simples

Nesta sociedade existem duas categorias de sócios, o sócio comanditado e o comanditário, para ambos a responsabilidade é subsidiária, ou seja, primeiro se faz necessário o esgotamento dos bens sociais para então eles serem responsabilizados pelas dívidas da sociedade, conforme dispõe o artigo 1.024 do Código Civil (2002, s. p.) que traz “os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”. Entretanto, o limite das responsabilidades é diferente para cada categoria, sendo para o sócio comanditado de forma ilimitada, sendo assim quando esgotados os bens sociais e forem atacar o seu patrimônio pessoal, poderão esgotar todos os bens que possuir, se necessário para a quitação da dívida, no entanto para o sócio comanditário sua responsabilidade é limitada, e ao contrário do sócio comanditado não poderá ser atacado todo o seu patrimônio pessoal, apenas a parte que corresponder ao valor da sua quota, isto é o valor que ele investiu na sociedade, nos dizeres de Negrão (2020, p. 78):

> Exigência de o contrato social discriminar duas categorias de sócios: uma constituída por sócio, ou sócios, solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais, subsidiariamente ao patrimônio social, e outra, pelo sócio, ou sócios, obrigado tão somente pelo valor de sua cota.

Em relação a administração da sociedade, esta será feita exclusivamente pelos sócios comanditados, ficando os sócios comanditários vedados a prática de qualquer ato de gestão, conforme o artigo 1.047 do Código Civil (2002, s. p.) dispõe “sem prejuízo da faculdade de participar das deliberações da sociedade e de lhe fiscalizar as operações, não pode o comanditário praticar qualquer ato de gestão, [...] sob pena de ficar sujeito às responsabilidades de sócio comanditado”, pois se praticar algum ato de gestão, sua responsabilidade será igualada a dos sócios comanditados e será ilimitada e subsidiária igual a deles.

1.3.3. Sociedade Anônima

Este tipo societário poderá ser constituído de duas formas, a sociedade anônima de capital aberto ou a de capital fechado. Uma das diferenças entre esses dois tipos é a forma de negociação de suas ações, pois a sociedade de capital aberto poderá negociar suas ações por oferta pública, ou seja, no mercado de valores mobiliários, no mercado de balcão ou até mesmo na bolsa de valores, e para isto precisará da aprovação da Comissão de Valores Imobiliários para funcionar de forma aberta, de acordo artigo 4 da Lei 6.404 (1976, s. p.):

> Art. 4. A companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários.
> § 1º Somente os valores mobiliários de emissão de companhia registrada na Comissão de Valores Mobiliários podem ser negociados no mercado de valores mobiliários.

Enquanto a sociedade anônima de capital fechado não possui suas ações no mercado de valores mobiliários, geralmente sendo negociadas de formas internas, nos dizeres de Gularte (2022,

s. p.) “não permite a negociação de suas ações. Assim, caso a empresa S.A queira captar investidores, precisa fazer isso de maneira privada, ou seja, sem abrir para o

mercado de valores mobiliários", por isso que o capital social é mais controlado pelos sócios que a compõe.

A responsabilidade dos sócios na sociedade anônima será subsidiária, isto é, somente quando esgotados os bens sociais que será possível o ataque ao patrimônio pessoal dos sócios, além disso será limitada ao preço de emissão das ações, de acordo com o artigo 1 da Lei 6.404 (1976, s. p.) "e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas", ou seja, o sócio terá sua responsabilidade limitada ao valor que pagou na subscrição das suas ações.

Em relação aos administradores, estes possuem deveres expressos na Lei 6.404, lei que dispõe sobre as sociedades anônimas, o primeiro é o dever de diligência, este dispõe sobre o cuidado que o administrador deve ter com os negócios da sociedade como se fossem dele próprio, conforme o artigo 153 da Lei 6.404 dispõe "o administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios". O segundo dever é o de lealdade, disposto no artigo 155 e seus incisos da Lei 6.404, traz como o administrador deve evitar as condutas de usar informações sobre oportunidades comerciais que saiba em razão do cargo em benefício próprio ou de terceiros, bem como se omitir na proteção de dados da companhia visando vantagens, e adquirir bem ou direito que saiba que a sociedade precisa para revender a ela com lucro (BRASIL, 1976). Por fim, possui o dever de informar a situação real dos negócios da sociedade quando solicitado pelos acionistas no exercício de seu direito de informação, bem como as ações e títulos que possua da sociedade no termo de posse de administrador, conforme dispõe o parágrafo primeiro, alínea e do artigo 157 da Lei 6.404 (1976, s. p.):

> § 1º O administrador de companhia aberta é obrigado a revelar à assembleia-geral ordinária, a pedido de acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social:
> e) quaisquer atos ou fatos relevantes nas atividades da companhia.

No que se refere a responsabilidade dos administradores, em regra estes não respondem pelos atos que praticarem dentro da atuação regular de gestão, ou pelas obrigações que contraírem em nome da sociedade, porém quando agirem com culpa ou dolo responderão pelos prejuízos supervenientes destes atos, além de quando seus atos violarem a lei ou o estatuto da sociedade, conforme dispõe o artigo 158 da Lei 6.404 (1976, s. p.):

> Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:
> I - Dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;
> II - Com violação da lei ou do estatuto.

Sendo assim, o administrador da sociedade anônima não é intocável durante a sua gestão, devendo agir conforme os seus deveres expressos em lei, ou caso contrário poderá ter que arcar com prejuízos e danos a terceiros pelos seus atos de gestão.

1.3.4.Sociedade Limitada

A responsabilidade dos sócios será de forma subsidiária em relação a sociedade, conforme Tomazette (2021, p. 174) "a responsabilidade será sempre subsidiária, de modo que os sócios só serão chamados a responder na insuficiência do patrimônio da

sociedade". Sendo assim, é necessário que se utilize todo o patrimônio social na tentativa de quitar a dívida com os credores, e somente se este não for suficiente, é que se poderá atacar o patrimônio pessoal dos sócios.

Ainda que seja insuficiente o patrimônio da sociedade, os sócios responderão somente pelo limite de suas quotas quando o capital estiver totalmente integralizado, no entanto caso algum sócio não tenha pago totalmente o valor que subscreveu, ou seja, esteja faltando algum valor no capital social, aqueles que já o fizeram estarão solidariamente responsáveis a arcar com este valor faltante do capital social, conforme artigo 1.052 do Código Civil (2002, s. p.) "na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social", e após integralizado todo o capital social não poderá mais ser cobrado valor algum de qualquer sócio, exceto nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

Os administradores da sociedade limitada possuem deveres durante a sua gestão, conforme o artigo 1.011 do Código Civil (2002, s. p.) "o administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios" sendo traduzido como a expectativa de que o administrador atuará com o zelo e o empenho que usaria como se o negócio fosse dele próprio. Dessa forma, respondem solidariamente com a sociedade quando agir com culpa no desempenho de suas funções conforme o artigo 1.016 do Código Civil (BRASIL, 2002).

2. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O NOVO ARTIGO 50 DO CÓDIGO CIVIL APÓS A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

Em regra, os credores de uma pessoa jurídica só poderão esgotar os bens da sociedade devedora para satisfazerem seus créditos. Isto ocorre por conta da autonomia patrimonial que garante a limitação dos prejuízos aos sócios conforme Tomazette (2021, p. 264) "reconhecida a personalidade jurídica, nas sociedades regulares, o particular pode explorar atividade econômica com limitação de prejuízos pessoais". Porém, essa separação patrimonial oportunizou que sócios e administradores utilizassem a sociedade indevidamente para obterem vantagens pessoais, desvirtuando a função da pessoa jurídica de oportunizar conquistas no coletivo para a função de fraudar credores, ensejando assim a responsabilidade daqueles que a utilizam desta forma conforme diz Mamede (2021, p. 195):

> Seu manejo doloso, seu uso com imprudência ou negligência, assim como seu exercício em moldes que excedem manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, constituem ato ilícito. E se há uso ilícito da personalidade jurídica de sociedade, associação ou fundação, daí decorrendo danos a terceiros, é preciso responsabilizar civilmente aquele(s) que deu(ram) causa eficaz a tais prejuízos.

Neste cenário existe o incidente da desconsideração da personalidade jurídica, instituto processual que tem por finalidade permitir ao juiz, após o requerimento das partes ou Ministério Público, no caso concreto desconsiderar a pessoa jurídica e estender seus efeitos aos responsáveis pela fraude, tendo como principal consequência a retirada da separação patrimonial existente entre os sócios ou administradores e a sociedade, oportunizando ao credor atacar tanto os bens da sociedade quanto os bens particulares

dos primeiros, o caput do artigo 50 do Código Civil de 2002 após a Lei 13.874 de 2019 dispõe:

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá- la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

O instituto promove a desconsideração da personalidade jurídica nos casos de abuso da personalidade jurídica e a manterá para as demais obrigações da sociedade, de acordo com Tomazette (2021, p. 269) “trata-se de uma técnica que se aplica aos casos concretos específicos, daí falar-se em suspensão episódica e temporária. A pessoa jurídica continuará a existir para os demais atos, nos quais não se apresente um motivo justificado para aplicar a desconsideração”. Desta maneira é inapropriado utilizar o termo despersonalizar, pois este significa excluir a personalidade jurídica da sociedade de forma definitiva, ou a retirada da autorização de funcionamento (GONÇALVES, 2020), visto que isso não ocorre no instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Nesse contexto poderá ser uma desconsideração da personalidade jurídica vinculada a todas as obrigações da sociedade, algumas ou apenas uma, pois irá depender de quais casos ocorreram fraude para prejudicar credores, por isso é necessário que o julgador ao deferir a desconsideração da personalidade jurídica defina precisamente quais obrigações que serão alcançadas pelo instituto. Justamente por não ocorrer a despersonalização da sociedade, mas apenas a desconsideração para aquelas obrigações especificas que é de extrema importância a delimitação delas, conforme Mamede (2021, p. 209):

> Ao deferir a desconsideração da personalidade jurídica, o Judiciário definirá, com precisão e fundamentadamente, qual a obrigação ou obrigações que se beneficiarão da medida. Todas as demais relações jurídicas da sociedade não são afetadas pelo deferimento da desconsideração da personalidade jurídica em relação a uma ou mais obrigações. Daí a indispensável necessidade de precisão. Note-se ser lícito, inclusive, precisar que a medida alcança um conjunto de obrigações ou, até, todas as obrigações, conforme as particularidades do caso em concreto.

A precisão das obrigações que serão atingidas pelo instituto apenas reforça que não é uma despersonalização da personalidade jurídica, e apenas uma desconsideração para aquele caso concreto.

2.1. Requisitos de aplicação

Antes da Lei nº 13.874 existia apenas o caput do artigo 50 exposto anteriormente, sem a parte da limitação da responsabilização apenas aos agentes beneficiados. Trazia apenas como requisito para a aplicação do instituto o abuso da personalidade jurídica, sendo caracterizado como o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial.

Porém, não conceituava nenhum dos dois, deixando aberto para os juízes nos casos concretos aplicarem o instituto conforme entendimento próprio, fazendo surgir situações que não eram abarcadas pela legislação, conforme traz Haddad e Varga (2020, s. p.) “diante da limitação da regra legal, o instituto passou a ser alvo de extensa interpretação judicial, que estendeu os seus efeitos para além do texto da lei”. Dessa

forma, prejudicava a segurança jurídica, porque o entendimento poderia variar dependendo quem estivesse julgando o caso concreto.

Com a promulgação da Lei 13.874 em 20 de setembro de 2019, no entanto, foram adicionados parágrafos explicativos para estas interpretações extensivas, trazendo maior uniformização sobre a questão.

2.1.1. Desvio de finalidade

O desvio de finalidade seria utilizar a pessoa jurídica para fraudar credores, utilizando-a de maneira diferente da para qual ela foi fundada, e que constitua ato ilícito, conforme o parágrafo primeiro do artigo 50 do Código Civil (2002, s. p.) transcrito:

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, [...].
> § 1 - Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

Entretanto, se estiver presente a utilização da sociedade para outro fim diferente do qual foi fundada, mas não estiver demonstrado a configuração de ato ilícito e o prejuízo de terceiros, não se caracteriza como desvio de finalidade e, portanto, não caberia a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, conforme dispõe o parágrafo quinto do artigo 50 do Código Civil (2002, s. p.) transcrito “não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica”. Ademais, é necessário que o autor da fraude tenha consciência e queira que a prática de seus atos cause prejuízos a terceiros, tendo então como requisito subjetivo o dolo para aplicação da desconsideração da personalidade (VENOSA E RODRIGUES, 2020).

2.1.2. Confusão patrimonial

A confusão patrimonial pode ser definida como a mistura do patrimônio da sociedade com o patrimônio pessoal dos sócios ou administradores através do cumprimento de obrigações ou deliberações desses pela sociedade (MAMEDE, 2021). Além disso, o parágrafo segundo do artigo 50 do Código Civil (2002, s. p.) traz alguns exemplos de confusão patrimonial, conforme a transcrição abaixo:

> § 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:
> I - Cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;
> II - Transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e
> III - Outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

Apesar do texto da lei trazer estes exemplos, ele também deixa claro que é apenas um rol exemplificativo, ou seja, meros exemplos de situações reais e práticas, pois as modalidades e possibilidades de fraudes são diversas e inesgotáveis, conforme Venosa e Rodrigues (2020, p. 111):

> As modalidades de fraude são infindáveis, não se podendo aprioristicamente descrevê-las. Daí por que o texto adverte que não há número fechado de hipóteses. Nem sempre a caracterização da fraude será facilmente descoberta.

> Poderá ser necessária prova técnica que somente o caso concreto poderá constatar.

Nesse ponto, o Código Civil deixa em aberto para demais possibilidades, ou seja, ainda cabe alguma liberalidade do julgador, porém apenas por ter adicionado na legislação exemplos de situações reais que possam surgir e que ensejem a desconsideração da personalidade jurídica já traz algum parâmetro para a atuação dos julgadores no futuro.

2.2. Desconsideração inversa da personalidade jurídica

Existem alguns casos em que ao invés de se esconder bens da sociedade no patrimônio pessoal de sócios ou administradores, ocorre o inverso, isto é, esconde-se bens particulares dos sócios ou administradores no patrimônio social para que estes se esquivem de seus credores, conforme parágrafo terceiro do artigo 50 do Código Civil (2002, s. p.):

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, [...]
> § 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

Além disso, essa hipótese de aplicação do instituto também estará condicionada aos requisitos trazidos pelo caput do artigo 50 do Código Civil, segundo Ladeira (2019, s. p.) "se configurada a desconsideração inversa da personalidade jurídica, deverão ser aplicadas as definições de 'desvio de finalidade' e 'confusão patrimonial' ora invocadas pela Lei da Liberdade Econômica". Conclui-se que será necessário a mesma comprovação de desvio de finalidade ou confusão patrimonial exposto anteriormente para que seja deferido a aplicação do instituto na desconsideração inversa da personalidade jurídica.

2.3. Grupos Econômicos

Os grupos econômicos, ou também chamados no direito empresarial de grupos de sociedades, vieram para auxiliar ainda mais os empresários, a reunião de pessoas físicas na pessoa jurídica constituindo uma sociedade, em alguns casos, pode não ser suficiente para se alcançar um objetivo, sendo necessário a reunião de sociedades, pessoas jurídicas, para isto, conforme dispõe Venosa e Rodrigues (2021, p. 235) "a concentração empresarial é, sem dúvida, ferramenta de crescimento em escala, possibilitando a conjugação de recursos e esforços de mais de uma empresa para a consecução de um objetivo que sem essa associação não seria atingível". Para se caracterizar grupo econômico é necessário que exista uma reunião de sociedades em que uma delas se destaque por exercer o controle das demais através de ações ou poderá ser por acordo entre as partes, segundo Fogaça, Lima e Moreti (2020, s. p.):

> Referido controle pode ser fundado na titularidade de ações ou quotas por outra sociedade (por participação direta ou indireta) ou, ainda, mediante acordo entre os sócios/acionistas (bloco de controle), desde que se tenha assegurado, de modo permanente, o direito à preponderância nas deliberações societárias.

Após a criação dos grupos de sociedades não ocorre a criação de uma nova personalidade jurídica, como também não ocorre a fusão de patrimônios, as sociedades integrantes permanecem com suas personalidades jurídicas e obrigações próprias, bem

como patrimônios distintos, ocorre apenas a junção de esforços e recursos, por isso qualquer obrigação que algum integrante venha a se comprometer será apenas deste, não se estendendo aos demais (TOMAZETTE, 2021). Entretanto, poderá ocorrer a desconsideração da personalidade jurídica por ato ilícito de empresa controladora, mas a mera existência de grupo econômico não ensejará a desconsideração da personalidade jurídica, conforme o parágrafo quarto do artigo 50 do Código Civil (2002, s. p.) dispõe:

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso
> §4 A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

Sendo assim, da mesma forma que é necessário para as demais hipóteses comprovar o abuso da personalidade jurídica, através de prova do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial, é imprescindível para a desconsideração da personalidade jurídica de grupos econômicos também.

2.4. Demonstração dos sócios ou administradores beneficiados

A Lei 13.874 trouxe uma significante mudança comparada com o texto anterior, a inclusão como requisito de aplicação do instituto a demonstração de quais foram os sócios ou administradores que se beneficiaram com a fraude, conforme dispõe a parte final do artigo 50, caput, do Código Civil:

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

A nova redação deixa claro que somente os sócios ou administradores que tiveram qualquer ganho, de forma direta ou indiretamente, são os que poderão ter os seus patrimônios pessoais atingidos para quitar as obrigações sociais pela desconsideração da personalidade jurídica. Antes da reforma legislativa em questão, em seguida ao deferimento da desconsideração da personalidade jurídica poderia ser atingido os bens de quaisquer sócios da sociedade, não importando se teve ou não envolvimento com a fraude, pois não existia vedação expressa na lei, e a jurisprudência entedia nesse sentido conforme trecho do Recurso Especial 1169175 DR 2009/0236469-3:

> A partir da desconsideração da personalidade jurídica, a execução segue em direção aos bens dos sócios, tal qual previsto expressamente pela parte final do próprio art. 50, do Código Civil e não há, no referido dispositivo, qualquer restrição acerca da execução, contra os sócios, ser limitada às suas respectivas quotas sociais e onde a lei não distingue, não é dado ao intérprete fazê-lo. (STJ – REsp: 1169175 FT 2009/0236469-3, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 17/02/2014, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/04/2014).

Dessa forma, não existia limitação alguma na aplicação do instituto quanto a qual sócio seria atingido, justamente por não existir nenhum tipo de vedação expressa, sendo entendido que como não havia limitação referente as quotas, não caberia a aplicação de limitação quanto as pessoas dos sócios que seriam responsabilizados.

3. DO INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Previamente a exposição do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, é relevante o esclarecimento das teorias de aplicação existentes quanto a este instituto.

3.1. Teorias da desconsideração da personalidade jurídica

A personalidade jurídica é uma forma de garantia para as pessoas que buscam empreender, mas não querem correr riscos quanto aos seus bens, nos dizeres de Silva, Faganello e Scopel (2021, p. 1057):

> O empresário não é, por natureza, avesso ao risco, uma vez que a própria atividade empresarial tem na sua substância a assunção de riscos. Porém, mesmo aqueles que estão dispostos a correr riscos, irão buscar alocá-los dentro de um contexto de minimização e previsibilidade.

A atenuação dos riscos conjuntamente com o grande apreço que a autonomia patrimonial possui para o ordenamento jurídico, fez surgir duas teorias de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, a teoria maior e a teoria menor.

Na teoria maior a mera insolvência da empresa ou a péssima administração não seriam suficientes para aplicar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, sendo exigido prova do abuso da personalidade jurídica para a aplicabilidade do instituto com o fim de preservar a entidade da pessoa jurídica que é um dos mecanismos mais importantes para dar segurança ao fomento da economia, conforme Federici (2017, s. p.):

> Há que se demonstrar e provar que os diretores da empresa objeto da desconsideração da personalidade jurídica agiram de forma abusiva ou fraudulenta. Assim, é de suma importância não confundir a eventual má gestão técnica de funcionários com os pressupostos exigidos para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (fraude ou abuso de direito).

Enquanto para a teoria menor, o mero descumprimento da obrigação pela pessoa jurídica por falta de bens sociais, já ensejaria aos sócios e administradores arcarem com seus bens particulares para quitar a dívida social, esta teoria encontra-se positivada no parágrafo quinto do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor (1990, s. p.) abaixo:

> Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade (...).
> § 5° Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

O artigo enumera diversos casos em que poderão ser aplicado o instituto, mas como requisito fica evidente que o único exigido para a aplicação do instituto é o efetivo prejuízo do credor, ainda nos dizeres de Gonçalves (2020, p. 236) “não se preocupa em verificar se houve ou não utilização fraudulenta do princípio da autonomia patrimonial, nem se houve ou não abuso da personalidade”, desta maneira havendo o esgotamento

dos bens da pessoa jurídica, os sócios estarão automaticamente obrigados mesmo que não tenham agido de forma irregular com a sociedade.

3.2. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica poderá ser instaurado a pedido de qualquer das partes ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir, dessa forma não cabe ao juiz instaura-lo de ofício. A Lei de Liberdade Econômica positivou isto no artigo 50, caput, do Código Civil, apesar de já constar no artigo 133 do Código de Processo Civil (2015, s. p.) transcrito “o incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo”.

Ademais, a desconsideração da personalidade jurídica deverá ser instaurada no formato de incidente, sendo cabível em todas as fases do processo. Não sendo cerceamento dos princípios da ampla defesa ou contraditório quando instaurado em fase de cumprimento de sentença ou processo de execução, pois o polo passivo terá chances de se manifestar e até mesmo de produzir provas, nos dizeres de Tomazette (2021, p. 127):

> O deferimento da desconsideração mesmo em um processo de execução ou no cumprimento da sentença não representa qualquer ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório, porquanto se dará toda a chance de reação ao interessado, no próprio incidente e por meio do agravo de instrumento.

Sendo assim, a parte passiva, sócio, administrador ou pessoa jurídica, acusada de praticar abuso da personalidade jurídica, será citada para se manifestar e se desejar, poderá requerer a produção de provas em um prazo máximo de 15 dias (BRASIL, 2015). Além disso, quando instaurada, a desconsideração da personalidade jurídica suspenderá o processo principal até que o incidente seja, conforme o parágrafo terceiro do artigo 134 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Por fim, o incidente da desconsideração da personalidade jurídica será resolvido por meio de decisão interlocutória após a fase de produção de provas, se necessária, e quando instaurado perante tribunais, onde a decisão for proferida por algum relator, caberá agravo interno para tentativa de reforma da decisão, conforme dispõe o artigo 136 do Código de Processo Civil (2015, s. p.) “concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno”. Desta forma, serão designados na decisão os responsáveis pelo abuso da personalidade jurídica e que poderão ter seu patrimônio pessoal atacado para quitar as dívidas sociais.

Mediante o exposto, fica evidente que o incidente da desconsideração da personalidade jurídica é uma ferramenta de extrema importância para o combate ao uso indevido e o abuso da personalidade jurídica com a finalidade de prejudicar credores. Devendo ser requerido pelas partes ou Ministério Público, além de que seja instruído com as provas necessárias para sua instauração e apuração, deixando explicito que tem por objetivo a proteção da personalidade jurídica, dos credores, da boa-fé no fomento da economia, e a proteção para que não se incorra em injustiças na imputação da responsabilidade.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A escolha do tema deste trabalho originou-se das aulas de Direito Empresarial ministradas pela professora Beatriz Regina Branco no decorrer do curso, além da curiosidade nos efeitos que a alteração legislativa teria sobre os direitos e deveres dos sócios no âmbito civil dentro do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Desta forma, a pesquisa demonstrou a mudança sofrida pelo instituto.

Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa. Para Mezzaroba (2019, p.110), "uma propriedade de ideias, coisas e pessoas que permite que sejam diferenciadas entre si de acordo com a suas naturezas. A pesquisa qualitativa não vai medir seus dados, mas, antes procurar identificar suas naturezas". A referida abordagem permite, através da natureza dos dados, a interpretação e entendimento das normas jurídicas.

A pesquisa será do tipo bibliográfica, onde serão analisadas as referências a respeito do instituto da desconsideração da personalidade jurídica e da responsabilização dos sócios e administradores em doutrinas, jurisprudências, artigos, internet e outros meios de comunicação pertinentes para entender o que ocorre na realidade jurídica brasileira. Segundo Marconi e Lakatos (2017, p. 33), a "pesquisa bibliográfica é um tipo específico de produção científica: é feita com base em textos, como livros, artigos científicos, ensaios críticos, dicionários, enciclopédias, jornais, revistas, resenhas, resumos". Assim, o presente trabalho irá trazer uma análise do tema com diferentes visões sobre o assunto.

O método utilizado será o dedutivo, conforme Gil (2018, p. 10) "parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal, isto é, em virtude unicamente de sua lógica", ou seja, se parte de uma premissa maior tida como verdadeira que decorrerá logicamente a uma conclusão.

A pesquisa será explicativa pois pretende compreender as causas e efeitos da alteração legislativa na aplicabilidade do instituto. Assim, segundo Gil (2018, p. 27), a pesquisa explicativa, trará como objetivo principal identificar os meios que determinam e que colaboram para ocorrência de tais fenômenos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo atingiu seu objetivo de examinar as formas de ocorrência da responsabilização de sócios e administradores nos casos de abuso da personalidade jurídica ao analisar as formas de responsabilidade de cada sociedade empresarial previamente a reforma, e os novos parágrafos explicativos trazidos pela Lei 13.874 de 2019.

Foi constatado que a personalidade jurídica é um instituto de extrema importância para o Direito, e por conta disso a reforma da Lei de Liberdade Econômica positivou requisitos específicos e hipóteses para a desconsideração desta. Resta evidente que o Código Civil, a partir das alterações feitas pela Lei 13.874, optou pela teoria maior de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, tornando a aplicação do instituto para as relações civis e empresariais mais resguardadas e justas, demonstrando maior proteção da personalidade jurídica, tão importante para o fomento da economia, bem como da boa-fé e evitando que se incorra em injustiças na imputação da responsabilidade de investidores, sendo eles sócios ou administradores.

Bem como a sua forma de instauração que deverá ser incidental em qualquer fase processual, não restando prejuízos aos princípios da ampla defesa e contraditório pois existe a possibilidade de produção de provas quando necessário.

Outrossim, esta pesquisa merece novas investigações e estudos pelos estudantes e sociedade em geral, visto que a desconsideração da personalidade jurídica juntamente com o direito está em constante evolução e transformação, não sendo possível abranger todos as hipóteses a eles cabíveis.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 06.404, de 15 de dezembro de 1976**. Institui as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm. Acesso em: 25 mai. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 08.078, de 11 de setembro de 1990**. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 04 mai. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 16 out. 2021 e 30 abr. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 04 jun. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 04 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 1.169.175/DF. Relator: Ministro Massai Uyeda – Terceira turma. **Jus Brasil.** Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18788349/recurso-especial-resp-1169175-df-2009- 0236469-3/inteiro-teor-18788350. Acesso: 05 jun. 2022.

COMETTI, Marcelo. **Desmitificando o "elemento de empresa" na atividade intelectual exercida pelo empresário**. JusBrasil, 2014. Disponível em: https://marcelocometti.jusbrasil.com.br/artigos/112260947/desmitificando-o-elemento-de-empresa-na-atividade-intelectual-exercida-pelo-empresario. Acesso em: 28 mai. 2022.
FEDERICI, Reinaldi. **Teoria da desconsideração da personalidade jurídica.** Migalhas, 2017. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/263622/teoria-da-desconsideracao-da- personalidade-juridica. Acesso em: 25 mai. 2022.

FOGAÇA, Cristiano Padial; LIMA, Matheus Lira de; MORETI, Daniel. **A lei da liberdade econômica, desconsideração da personalidade jurídica e a figura do grupo econômico:** efeitos práticos. Migalhas, 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/322550/a- lei-da-liberdade-economica--desconsideracao-da-personalidade-juridica-e-a-figura-do-grupo- economico--efeitos-praticos. Acesso em: 29 mai. 2022.

FRANTZ, Sâmia. **Direito empresarial:** a diferença entre contrato social e estatuto social. SAJ ADV, 2019. Disponível em: https://blog.sajadv.com.br/diferenca-contrato-social-estatuto- social/#:~:text=O%20estatuto%20social%2C%20por%20exemplo,sociedades%20simples%2C% 20por%20exemplo). Acesso em: 02 mai. 2022.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597012934/cfi/6/60!/4/88/4@0:0. Acesso em: 29 nov. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Esquematizado – direito civil 1**: parte geral, obrigações e contratos. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553617395/pageid/3. Acesso: 19 set. 2021.

GULARTE, Charles. **O que é uma sociedade anônima (s.a)? características**. Contabilizei.blog, 2022. Disponível em: https://www.contabilizei.com.br/contabilidade-online/sociedade- anonima/#:~:text=Por%20sua%20vez%2C%20a%20Sociedade,o%20mercado%20de%20valores%20mobiliários. Acesso em: 03 abr. 2022.

HADDAD, Enrique Tello; VARGA, Daniel Domenech. **Desconsideração da personalidade jurídica: o que muda com a nova lei de liberdade econômica**. Migalhas, 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/326365/desconsideracao-da-personalidade-juridica---o-que- muda-com-a-nova-lei-da-liberdade-economica. Acesso em: 01 mai. 2022.

LADEIRA, Marcos Chaves. **A desconsideração da personalidade jurídica - alterações trazidas pela lei nº 13.874 de 2019**. Pinheiro Neto Advogados, 2019. Disponível em: https://www.pinheironeto.com.br/publicacoes/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-alteracoes-trazidas-pela-lei-n-13874-de-2019. Acesso em: 14 mai. 2021.

MAMEDE, Glandston. **Direito empresarial brasileiro**: direito societário. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021. Disponível em:

https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597027280/epubcfi/6/38[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml19]!/4. Acesso em: 19 set. 2021.

MAMEDE, Glandston. **Manual do direito empresarial**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2022. Disponível em:https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559771998/epubcfi/6/50[%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter15]!/4/16/1:559[dad%2Ce%5E%2C%20]. Acesso em: 02 de mai. 2021.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2017. 346 p.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 8. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611560/cfi/0!/4/2@100:0.00. Acesso em: 25 nov. 2021.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito empresarial**. 10. ed. São Paulo. Saraiva, 2020. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553616190/pageid/3. Acesso em: 01 mai. 2022.

SCALZILLI, João Pedro. **Anotações sobre as origens das sociedades comerciais**. Revista do ministério público do RS, n. 62, p. 129-143, 2009. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246468095.pdf. Acesso em: 01 mai. 2021.

SILVA, Guilherme Augusto Pinto da; FAGANELLO, Tiago; SCOPEL, Rodrigo. Os princípios do direito comercial e a lei de liberdade econômica: uma convergência. **Revista jurídica luso- brasileira**, v.7, n.5, p. 1048-1071, 2021. Disponível em: https://www.cidp.pt/publicacao/revista- juridica-lusobraileira-ano-7-2021-n-5/218. Acesso em: 20 set. 2021.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: a teoria geral e direito societário. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553616671/pages/recent. Acesso em: 18 set. 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito empresarial**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597024791/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.i dref%3Dhtml0]!/4/2/2[8de330d6-4044-4eaf-cbc9-4222d6687348]%4051:2. Acesso: 19 set. 2021.

REFLEXÕES SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CONTEXTO DAS MÍDIAS DIGITAIS

Leandro Barbosa de Araujo[1]
Francineide Barbosa de Araújo Costa[2]

Resumo: A situação contemporânea do Brasil no que diz respeito à dignidade da pessoa humana e o direito de livre manifestação de opiniões, em especial, nas redes sociais e demais plataformas digitais, levando-se em consideração os grandes avanços tecnológicos constantes da estruturação e modernização dos meios de comunicação virtual, têm ganhado cada vez mais destaque na vida em sociedade. Nesse sentido, importante trazer ao debate até onde é possível ir a liberdade de expressão das pessoas, os limites do Poder Judiciário e o papel regulamentar do Poder Legislativo. Conforme exposto nesta pesquisa, será possível verificar que, embora haja limites para a liberdade de expressão, também há limites para a supressão de tais liberdades. Assim, os freios e contrapesos aplicados na esfera judicial, necessários para solucionar tais conflitos, devem seguir os trâmites legais em observância ao sistema democrático de direito e da garantia ao devido processo legal. Para verificar os possíveis limites da liberdade de expressão no contexto das mídias digitais será utilizada a doutrina, leis e a jurisprudência, assim como publicações jornalísticas disponibilizadas em sítios na internet.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Mídias Digitais. Judicialização. Devido processo legal.

Abstract: The contemporary situation in Brazil regarding the dignity of the human person and the right to free expression of opinions, especially on social networks and other digital platforms, taking into account the great technological advances that are constant in the structuring and modernization of the media of virtual communication, have gained more and more prominence in the life in society. In this sense, it is important to bring to the debate how far people's freedom of expression can go, the limits of the Judiciary and the regulatory role of the Legislative Power. As exposed in this research, it will be possible to verify that, although there are limits to freedom of expression, there are also limits to the suppression of such freedoms. Thus, the checks and balances applied in the judicial sphere, necessary to resolve such conflicts, must follow the legal procedures in compliance with the democratic system of law and the guarantee of due process of law. To verify the possible limits of freedom of expression in the context of digital media, doctrine, laws and jurisprudence will be used, as well as journalistic publications available on websites.

Keywords: Freedom of expression. Digital Media. Judicialization. Due process of law.

1. Graduado em Direito pelo Centro Universitário UniProjeção - Unidade Taguatinga/DF, Graduado em Licenciatura em Sociologia pelo Centro Universitário UniFAVENI. Pós-Graduado em Docência do Ensino Superior e Metodologias Ativas de Aprendizado pela Faculdade Descomplica. Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá/RJ. Pós-Graduado em Direito Trabalhista e Previdenciário pelo Centro Universitário União das Américas Descomplica, UniAmérica. Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário União das Américas Descomplica, UniAmérica. Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Faculdade Focus. Pós-Graduado em Direito Administrativo e Gestão Pública pelo Centro Universitário União das Américas Descomplica, UniAmérica. Advogado, inscrição na OAB/DF. E-mail: leandrodireitoejustica@gmail.com. Curriculum Lattes iD: http://lattes.cnpq.br/4669881500518487
2. Graduada em Licenciatura em Educação Física pela Universidade Federal do Piauí-PI. Graduada em Licenciatura Plena em Pedagogia pela Faculdade Intervale, FI, Brasil. Graduanda em Bacharelado em Administração pela Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Teresina, Brasil. Pós-graduada em Gestão Pública pela Faculdade Focus, Brasil. Pós-graduada em Educação Especial, Inclusiva e Libras. Pós-graduada em Psicopedagogia Clínica e Institucional pela Faculdade Intervale, FI, Brasil. Pós-graduanda em Processos de Aprendizagem, Desenvolvimento e Alfabetização pela Faculdade Focus, Brasil. Professora na Educação Básica na disciplina de Educação Física. E-mail: franzinha25@outlook.com

INTRODUÇÃO

Desde a antiguidade o homem vem evoluindo e essa realidade é parte vital da existência humana. Sem evolução, a humanidade tenderia a se perder no tempo. Uma característica importante no processo dessa evolução pode ser observada através do aspecto sócio-cultural que permeia a humanidade.

Nesse ponto, importante destacar as constantes transformações sociais e culturais pelas quais a humanidade tem passado e se aperfeiçoado. As diferentes culturas possibilitam maior aderência da humanidade às constantes transformações e para facilitar a compreensão é possível citar, por exemplo, a busca pelo equilíbrio entre os meios de produção e a conservação do meio ambiente, isso em nome da cultura da preservação ambiental, tão discutida na atualidade.

Porém, o processo de aprimoramento sociocultural, quando normatizado, traz à tona muitas preocupações, pois, nem sempre o sistema normativo é suficiente para conter ações humanas destrutivas ao meio ambiente e aos seus semelhantes. Nesse sentido, observa-se que cada país tem sua autonomia e soberania para aderir ou não a diversas normas, como pactos internacionais de combate ao desmatamento, por exemplo.

Isso se deve à soberania que cada país tem. Em relação ao presente assunto, Vignali (1995, p.20), no âmbito das relações internacionais disciplina que é conferido “aos Estados um poder independente”, ou seja, não são subordinados uns aos outros, contudo, afirma ainda o referido autor que “no campo internacional coexistem muitos soberanos, os quais, ao ter que se relacionar, criam um sistema de coordenação, desenvolvido a partir das ideias de compromissos mútuos”.

Quando trazemos essas informações para o contexto da liberdade de expressão, percebemos que há muitas culturas e que esta liberdade pode sofrer restrições de forma muito acentuada em nome de um bem coletivo. Isso pode ser observado através da restrição de utilização de “sites estrangeiros como Google, Facebook e Twitter, graças a um sofisticado programa chamado "Great Firewall", um jogo de palavras em inglês que mistura os termos "Grande Muralha" (Great Wall) e "Firewall"”, por parte do Partido Comunista da China (PCC), conforme noticiado pela agência AFP através do Jornal Folha de São Paulo em 07/11/2016.

No caso acima mencionado, a título de exemplo, as pessoas tinham seus acessos a sites limitados e não podiam desfrutar de suas liberdades de forma ampla e democrática. Nesse contexto, aqueles que não seguem as normas de determinados grupos ou do próprio sistema de Governo podem sofrer algum tipo de penalidade.

Por esta razão, atualmente, há grandes debates a respeito das garantias individuais e coletivas, no contexto do limite à liberdade de expressão, que nos permitem aprimorar os sistemas de pesos e contrapesos vigente.

Embora a busca pela garantia da liberdade de pensamento e de manifestação esteja materializada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH/1948) e no ordenamento jurídico brasileiro, é possível observar muitas medidas que podem reduzir consideravelmente a livre manifestação das pessoas por meio das mídias digitais.

Nesse sentido, o presente estudo se propõe a construir uma reflexão filosófica sobre possíveis ações restritivas por parte do Poder Público à liberdade de expressão das pessoas. O intuito desta pesquisa inicial é refletir sobre o significado de tal liberdade e qual o papel do Estado no tocante à livre manifestação.

1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E EM CONVENÇÕES E PACTOS INTERNACIONAIS

A sociedade brasileira, principalmente nos dias atuais tem demostrado grande interesse na política como forma de Governo, direitos coletivos e individuais. Nesse sentido, a democracia que rege todas as conquistas de um povo no que tange às suas liberdades, podem encontrar obstáculos legais, como, por exemplo, a suspenção ou cancelamento de contas de usuários em plataformas digitais.

Como forma de garantir a dignidade humana no que se refere à liberdade de expressão, o constituinte estabeleceu na Constituição da República de 1988 a liberdade de expressão como sendo uma garantia fundamental ao indivíduo, podendo ser observado através do artigo 5º, inciso IV e inciso VIII, assim vejamos;

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato**; VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;(grifo meu).

A liberdade de expressão é tão sagrada que o legislador quis, de forma proposital, dar a garantia de que ela deva ser respeitada não só pelas esferas administrativas como nas esferas judiciais, porém, o direito a tal liberdade não é absoluto. Nesse ponto, importante destacar que para que haja a livre manifestação de pensamento de forma legal, uma das condições é que não exista o anonimato. E caso seja cometido algum tipo penal referente a liberdade de expressão, não poderá ensejar a privação de liberdade sem o devido processo legal, conforme dispõe o inciso LIV, da CF/88.

Ademais, conforme prevê ainda a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH/1948), da qual o Brasil é signatário, no seu art. 19 “todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”. Ainda a esse respeito, conforme consta na referida Declaração, no seu artigo 9º “ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado”.

Nesse contexto, merece também destaque o Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992, instrumento pelo qual o Brasil incorporou ao sistema jurídico nacional a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecido como Pacto São José da Costa Rica. Na referida Convenção, conforme o art.13 do referido dispositivo fica determinado que:

> 1.Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha; O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e

> aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência (BRASIL, 1992).

Por outro lado, afirmando ainda o propósito de garantir a liberdade de expressão, o Brasil aderiu, através do Decreto nº. 592, de 6 de julho de 1992 ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que estabelece no item 2, do art.19, que:

> 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

Como observado através dos referidos dispositivos, a liberdade de expressão não é algo superficial, mas, um valor que diz respeito à própria dignidade do indivíduo. Nesse contexto, são "liberdades fundamentais que devem ser asseguradas conjuntamente para se garantir a liberdade de expressão no seu sentido total" (MAGALHÃES, 2008, p.74).

Cabe destacar ainda que a liberdade de expressão seja pela simples manifestação de opinião ou pela manifestação de crença, como direito fundamental, visa assegurar que aquele que seja o detentor de tal direito não tenha suprimida a liberdade sem que haja procedimento regular previsto no ordenamento jurídico.

No que se refere à liberdade religiosa, por exemplo, cabe destacar que esta pode sofrer violações não só no âmbito Estatal. Contudo, o Estado, ao tratar da liberdade religiosa busca assegurar que esta seja respeitada, tanto nos aspectos psíquicos, quanto físicos, ou seja, a manifestação da fé pelo pensamento, assim como a manutenção da fé pela proteção de espaços físicos ou locais de cultos religiosos. Tais manifestações de fé têm sido motivo de muitas violências pelo mundo, pois há, ainda, a intolerância religiosa. A esse respeito, cabe destacar que, embora o direito de crença seja inerente a todo cidadão, ao se referir a liberdade de expressão, Lellis (2013, p. 59) diz que "tal liberdade não significa entrar pelas veredas do desrespeito ao próximo".

Assim sendo, embora haja previsão constitucional sobre a liberdade de expressão, a manifestação de pensamento e de crença necessita observar o bom senso, pois, conforme observado até aqui, a liberdade de se manifestar não é um direito absoluto, mas relativo. Nesse caso, podendo sofrer controle do Estado como forma de garantir o bem coletivo ou o direito individual, se violado.

A própria Carta da República Federativa do Brasil de 1988 veda o anonimato para o exercício da liberdade de expressão, a fim de prevenir o abuso de direito. Contudo, quando observadas as tecnologias digitais, verifica-se que através do mundo virtual o risco de tais liberdade se tornarem excessivas, atingindo direitos de terceiros, é evidente.

Com a democratização do acesso às mídias digitais e sociais, o direito de livre manifestação ocorre com maior facilidade, podendo levar à caracterização de crimes. Diante disso, Cardozo (2016, p. 6) entende que os riscos de manifestações fora do bom senso e das leis, no contexto das mídias digitais, se deve "a sensação de que a persona virtual tudo pode, que não há limites ou sanções a qualquer tipo de manifestação no mundo virtual".

Importante destacar que “o Estado Democrático de Direito é muito mais que um princípio, configurando-se em verdadeiro paradigma, isto é, pano de fundo de silêncio que compõe e dota de sentido as práticas jurídicas” (FERNANDES, 2012, p. 285).

É interessante observar que a Constituição se apresenta como norma geral e por esta razão muitas normas são acrescentadas no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Congresso Nacional, normas essas tidas como infraconstitucionais e que ajudam a regular a convivência social, a exemplo, o Código Penal, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Nessa esteira, a respeito das normas constitucionais, entende Barroso (2001, p. 72) que estas se apresentam:

> Como espécies do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral. Logo, a sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das consequências de insubmissão ao seu comando.

Diante disso, o que se pode observar é que, caso o legislador entenda que normas da Carta da República se mostram abstratas, deixando em aberto o entendimento sobre determinado comando legal, poderá, através de normas infraconstitucionais, ou seja, através da criação de leis, por exemplo, estabelecer mecanismos para facilitar e possibilitar uma melhor aplicação normativa.

Essa regulamentação pode ser observada no contexto da liberdade de expressão na Lei nº 14.197, de 1º de setembro de 2021, que trata de “[...] quem incita, publicamente, animosidade entre as Forças Armadas [...]” , conforme prevê o parágrafo único do artigo 286 da mesma lei (BRASIL, 2021).

2. POSSÍVEIS LIMITES ESTABELECIDOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NO QUE SE REFERE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CONTEXTO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A liberdade de expressão não é absoluta, como já observado anteriormente, pois há regras para a sua manifestação. Cabe destacar que a CF/88 traz no seu art. 5º, inciso IV que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Nesse sentido, a regra para que haja a liberdade tratada pelo próprio dispositivo é que o autor da manifestação seja identificado, ou seja, não poderá haver o anonimato (BRASIL, 1988).

Entretanto, caso as manifestações de pensamentos venham a extrapolar limites estabelecidos pela própria Constituição e por demais normas, esse direito de liberdade de expressão poderá sofrer supressão. Para facilitar o entendimento, cita-se, por exemplo, os tipos penais do art.138 do Código Penal (CP) no que se refere ao crime de calúnia, o art.139 do CP no que se refere ao crime de difamação e o art. 140 do CP (BRASIL, 1940).

Nesse sentido, caso o indivíduo use de sua liberdade de expressão para infringir os tipos penais acima tratados, será passível de cerceamento legal no que se refere à sua liberdade de expressão, podendo inclusive interferir na própria liberdade de locomoção.

Entretanto, o ordenamento jurídico não admite cerceamento da liberdade de expressão quando não é observado o devido processo legal. O sistema adotado pelo Brasil é o acusatório, ou seja, para que o indivíduo seja condenado a determinada pena, precisa, necessariamente, passar pelo devido processo legal. Por outro lado, há divisão de atribuições entre quem acusa, quem defende e quem julga, conforme ensina Lopes

(2007, p.58), não podendo essas atribuições serem unificadas e aplicadas na figura do juízo da causa.

Assim, se observado o devido processo legal, possível é a condenação do indivíduo que cometer infração penal, podendo ter como consequência legal da pena a restrição a seus direitos. Importante observar ainda, levando em consideração o princípio do devido processo legal, poderá o juiz tomar as medidas que o ordenamento jurídico lhe permitir, observando a proporcionalidade das medidas a serem adotadas. Nesse sentido, Kelsen (2015, p. 389) no que se refere a aplicação da lei a determinado fato típico, deve o juiz, quando da cominação da pena, observar “na própria lei um limite máximo e um limite mínimo”.

3. ATUAÇÃO DO ESTADO SOBRE O USO DAS MÍDIAS DIGITAIS NO CONTEXTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

As mídias digitais, como Instagram, Facebook, Youtube e Twitter, impulsionam os meios de conversação atuais entre milhares de pessoas espalhadas pelo mundo. Nesse sentido, Vanti (2002, p. 159) traz o conceito de internet como sendo uma fonte inesgotável de recursos.

Há, porém, parâmetros usados pelas mídias digitais para filtrar possíveis irregularidades em suas plataformas digitais, a fim de verificar a possibilidade de desativação, bloqueios ou suspensão de contas de usuários. Ocorre, porém que, nem sempre as redes sociais têm políticas claras do que sejam publicações que violem suas normas internas, o que deixa em xeque o próprio sentimento de liberdade de expressão. Para o Instagram, por exemplo, quanto a “remoção de conteúdo e desativação ou encerramento de sua conta” que consta nas Diretrizes da Comunidade, vejamos:

> Poderemos remover qualquer conteúdo ou informação que você compartilhar no Serviço se acreditarmos que tal conteúdo viola estes Termos de Uso ou nossas políticas (incluindo nossas Diretrizes da Comunidade do Instagram) ou estivermos autorizados ou obrigados por lei a fazê-lo.(Instagram: Termos de uso. Disponível em:< https://help.instagram.com/581066165581870>. Acessado em 16/10/2021).

Como se pode observar, algumas normas são marcadas pela generalidade no que se refere aos termos de uso de plataformas digitais. Diante disso, manifestações na referida plataforma, a depender do seu conteúdo, podem gerar a suspensão ou até cancelamento da referida conta sem que o usuário tenha o real conhecimento do motivo para tal medida.

De outro lado, é possível observar a ação do poder judiciário aplicada quando observamos, em matéria publicada por Tácio Lorran no dia 19/02/2021 no jornal Metrópoles, “os perfis do Deputado Daniel Federal Daniel Silveira (PSL/RJ) nas redes sociais Facebook, Instagram e Twitter” sendo retirados do ar por ordem do então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, em decisão no Inquérito conhecido como o Inquérito das Fake News, sendo aberto com base na Portaria 69/2019 da Presidência do STF.

Segundo consta na referida matéria, os motivos teriam sido supostas publicações ofensivas direcionadas aos Ministros da Suprema Corte. Para melhor compreensão, conforme edição publicada por Wilson Silveira na plataforma da Agência Câmara de Notícias diz:

> Daniel Silveira foi preso em flagrante pela Polícia Federal na noite de terça-feira (16) no âmbito de inquérito no STF que investiga notícias falsas (*fake news*). No ano passado, o deputado foi alvo de busca e apreensão e teve quebrado o sigilo bancário em outro inquérito, sobre a organização de atos antidemocráticos.

Entretanto, quanto aos supostos crimes alegados pelo Supremo Tribunal Federal a justificar a prisão em fragrante do referido deputado, cabe destacar que há divergência de entendimento por parte de muitos juristas, a exemplo, Ives Gandra, citado por Galf (2022) no Jornal Folha de São Paulo na página online do UOL, que entende ser ilegal a referida decisão e isso se deve em razão das prerrogativas do parlamentar, qual trata o art. 53 da CF/88, e que antes de ser efetuada a prisão, deveria ser comunicada à Câmara Legislativa, conforme previsto no parágrafo 2º do referido dispositivo (BRASIL, 1988).

Importante destacar que o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio na ADPF 572, no seu voto, defendeu que o artigo 43 do regimento interno do STF não foi recepcionado pela CF/88, considerando, portanto, ter havido violação do sistema penal acusatório constitucional.

Outro ponto controverso é que a abertura do referido inquérito se deu por meio de portaria do referido tribunal, qual seja, Portaria 69/2019 da Presidência do STF, o que é visto por muitos como não aplicável ao presente caso, como, por exemplo, a procuradora Federal Thaméa Danelon, citado por Galf (2022) no Jornal Folha de São Paulo na página online do UOL, uma vez que a portaria se destina a crimes praticados no espaço interno do referido Tribunal. Outro ponto que chama a atenção é que não houve a distribuição do referido inquérito, afrontando assim o princípio do juiz natural e a garantia da imparcialidade, ferindo, portanto, o devido processo legal, conforme o entendimento desses juristas.

Na decisão do STF em relação a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 572 Distrito Federal (ADPF)**,** a maioria do Ministros entenderam pela legalidade do referido Inquérito, oriundo da Portaria GP nº 69 de 2019, no qual houve o indiciamento do Deputado Federal, ora tratado, abrindo-se precedentes no ordenamento jurídico pátrio.

Por conta disso, muitos indivíduos passaram a temer sofrer alguma medida restritiva de liberdade por parte da referida Corte, em caso de manifestarem críticas publicamente, o que corrobora para o sentimento de sufocamento da liberdade de expressão, a exemplo, Hoffmann (2021) em publicação no sitio do Conjur.com.br, onde manifestou discordância com a decisão proferida pela referida Corte, apontando, inclusive, argumentos jurídicos.

Concomitante a isso, foram tomadas medidas no que se refere à suspensão de contas em plataformas digitais a mando do Ministro Alexandre de Morais, do STF conforme consta em edição publicada por Renato Souza no dia 25/07/2020 no jornal em meio digital correio brasiliense, onde o referido Ministro determinou a suspensão das contas dos usuários:

> Allan dos Santos**;** Blogueiro bolsonarista, responsável pelo site Terça Livre, Luciano Hang; Empresário, proprietário da rede de lojas de departamento Havan, também é apontado no inquérito das fake news como um dos financiadores de manifestações antidemocráticas e páginas na web que atacam e ameaçam os ministros do STF(...).

No entendimento do jurista Ives Gandra Martins, conforme edição publicada em 29 de maio de 2020 por Roberta Paduan na Revista Veja, plataforma digital, o referido jurista

defende que o STF não é a última instância decisória no país e que há a possibilidade de aplicação de poder moderador para frear possíveis desvirtuamentos da CF/88, como disciplina o artigo 142 da referida Carta.

Além do referido jurista, outros como Rogério Greco, Marcelo Rocha Monteiro, Cleber Neto e Ludmila Lins Grilo manifestaram suas insatisfações através da publicação de um livro intitulado como “o inquérito do fim do mundo”, conforme publicado pela Gazeta Brasil em 18 de agosto de 2020.

Todo esse entrave se deve, possivelmente, à forte pressão que o STF tem demostrado quanto a supressão da liberdade de usuários de redes sociais que ousam tecer críticas fortes contra a Suprema Corte, onde esta alega que as manifestações ultrapassam a esfera da liberdade de expressão.

Nesse cenário de insegurança, quanto a liberdade de expressão e possibilidade de prisão, o sistema democrático de direito é assunto acalorado tanto de um lado, qual seja, STF quanto de outro, qual seja, parte da sociedade e de juristas.

Além disso, conforme matéria publicada por Leonardo Desideri, no jornal a Gazeta do povo, em 09/07/2020 é possível apontar também o descontentamento com o referido inquérito, observando um abaixo assinado onde cem mil pessoas o assinaram, manifestando, com isso, suas insatisfações com as supostas ilegalidades praticadas pela Suprema Corte do país no que se refere ao chamado inquérito das *fake news*.

Importante observar que na ocasião da instauração do referido inquérito não havia a tipificação penal para atos considerados antidemocráticos, tratado no inquérito conhecido como inquérito das *fake news*, o que, em tese, pode ser considerado como ativismo judicial uma vez que cabe ao Congresso Nacional por meio da sua principal função, que é legislar, criar leis e através dessas, novos tipos penais. Cabe destacar que, para Barroso (2015, p. 442) no que se refere ao ativismo judicial, segundo ele, este “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.

Nesse contexto, o que se percebe é que o ativismo judicial encontra guarida no entendimento de parte da doutrina, a exemplo, Dallari (1995, p. 186), que entende que

> [...] A evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado. Este passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando sua participação nas áreas tradicionais. Tudo isso impôs a necessidade de uma legislação muito mais numerosa e mais técnica, incompatível com os modelos da separação de poderes [...].

Porém, quando essa hermenêutica é aplicada em sentido amplo, poderá estar suprimindo a competência natural de outros poderes da República. Para Dworkin (1999, p. 451), “o direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima”.

Por esta razão, o mais adequado no que se refere ao inquérito e demais peculiaridades tratadas no presente estudo seria aplicar os dispositivos já previstos em lei, caso houvesse a configuração no tipo penal. Isso, em referência aos crimes já inseridos no ordenamento jurídico, a exemplo, a calúnia, difamação, injúria e ameaça, todos previstos no CP, respeitando sempre o princípio do juiz natural e do devido processo legal.

Cabe destacar ainda, esses acontecimentos, no qual o Poder Judiciário torna-se o protagonista das ações de controle e contenção de ações individuais ou coletivas, podem surtir o efeito negativo na opinião pública, gerando, inclusive, mal-estar social. Nesse

sentido, ao se referir ao poder judiciário, Ferreira Filho (2003, p. 215), aponta que a "interferência na órbita político-administrativa o tornou corresponsável dos insucessos ou frustrações que para a opinião pública decorrem da má atuação do Poder".

Na busca por tornar os atos considerados como antidemocráticos devidamente caracterizados e tipificados no Código Penal, isso devido à grande repercussão causada pelas decisões do STF na sociedade civil e em grande parte de juristas, conforme já apresentado, o Poder Legislativo, representado pelo Congresso Nacional, através de sua competência legal, resolveu se debruçar sobre o tema e por conta disso houve a criação da Lei nº 14.197, de 1º de setembro de 2021 que acrescenta ao código penal os crimes contra o Estado Democrático de Direito (BRASIL, 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme apresentado no presente estudo, muito se fala na liberdade do homem. Embora haja grandes avanços sociais no mundo contemporâneo, há muitos povos que não dispõem de direitos e garantias fundamentais e por isso vivem à margem da liberdade individual.

Há países onde opinar sobre governos pode seus levar os críticos a reprimendas e até mesmo à morte. Embora isso pareça algo distante, em muitos países essa realidade se faz presente.

No Brasil, por outro lado, diferentemente de tais países, há garantias constitucionais previstas na Carta da República de 1988, somadas a Tratados, Convenções e Pactos Internacionais em que o Brasil é signatário, frutos de muitos debates sociais. Essas garantias tratam do respeito à dignidade da pessoa humana, da liberdade de expressão e de muitas outras garantias sociais.-

Todos esses sistemas de garantias em que o Brasil está vinculado reforçam a necessidade de proteção por todos os entes da federação aos direitos fundamentais à pessoa humana, indispensável a países que são considerados democráticos.

Atualmente se pode observar que existe uma democracia mais vibrante no tocante às mídias digitais, as quais grande parte da sociedade tem acesso. Nesse sentido, o sistema de justiça, na busca pela proteção das pessoas, aponta, seja por meio normativo e doutrinário que a liberdade expressa na Constituição Federal de 1988 não é absoluta e a depender do caso concreto, poderá haver restrições.

Porém, desde o pleito eleitoral do ano de 2018 é possível observar discussões mais acirradas por vários organismos da sociedade brasileira. Ocorre, porém, que com as constantes manifestações inflamadas, muitas decisões supostamente rígidas estão sendo tomadas e parte da sociedade sofre com isso, aumentando a insegurança jurídica.

A liberdade de expressão, então, passa a ser o centro das atenções, principalmente após a abertura de inquérito por parte da suprema corte do país, conhecido como inquérito das fake news e ataques ao STF. O presente inquérito é considerado por muitos juristas como sendo ilegal, embora tenha recebido o carimbo de validade por maioria do Plenário da referida Corte Constitucional.

Apontam alguns juristas que o inquérito não poderia ser instaurado pela própria corte com base em regimento interno e sem a participação direta do membro do Ministério Público, violando assim, o devido processo legal.

Além disso, muitos defendem que no ordenamento jurídico brasileiro não há tipo penal para manifestações tidas como fake news e atos antidemocráticos anterior à data dos fatos, logo tal inquérito seria inconstitucional.

Nesse sentido, a movimentação do STF no que se refere ao referido inquérito, em tese, pode ser considerada como ativismo judicial, trazendo insegurança jurídica e institucional.

Diante disso, seria pertinente avaliar o enquadramento dos supostos atos antidemocráticos nos tipos penais previstos na legislação penal quanto aos crimes de calúnia, difamação, injúria e ameaça, caso houvesse a possibilidade jurídica e respeitando-se o devido processo legal.

Por fim, os impasses apresentados no contexto das ações no STF tratados no presente estudo nos remetem ao ponto primordial que é o Congresso Nacional assumir o seu papel Constitucional de legislar para a preservação do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** 5ª edição, editora Saraiva. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e efetividade de suas normas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista do Tribunal regional do Ceará. V. % N.8, Ano 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acessado em: 26/05/2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em: 12/08/2021.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acessado em: 18/08/2021.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acessado em: 18/08/2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.**Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acessado em: 12/08/2021.

BRASIL. Lei nº 14.197, de 1º de setembro de 2021. **Acrescenta o Título XII na Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), relativo aos crimes contra o Estado Democrático de Direito(...)**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14197.htm. Acessado em: 16/10/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 572 Distrito Federal. Portaria GP nº 69 de 2019**. Disponível em:http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346358281&ext=.pdf. Acessado em: 18/08/2021.

CARDOZO, M. L. **Liberdade e Intolerância nas Redes Sociais**. XXXIX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, São Paulo, SP, 2016.

COELHO, Gabriela, etc. **Inquérito das fake news no STF mira aliados de Bolsonaro**. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/pf-cumpre-mandados-em-inquerito-sobre-ofensas-ao-stf/. Acessado em: 31/07/2022.

DA AFP. **Parlamento chinês aprova polêmica lei sobre segurança na internet. Folha de São Paulo, 2016**. Disponível em: https://m.folha.uol.com.br/tec/2016/11/1830021-parlamento-chines-aprova-polemica-lei-sobre-seguranca-na-internet.shtml , Acessado em: 31/07/2022.

DALLARI, D. de A. **Elementos de Teoria geral do Estado**. 19. ed. 1995. Saraiva, São Paulo.

DESIDERI, Leonardo. **Abaixo-assinado contra inquérito das fake news alcança 100 mil signatários**. Gazeta do povo. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/republica/inquerito-fake-news-abaixo-assinado-advogados/ . Acessado em: 16/10/2021

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito, Trad. Jefferson Luiz Camargo**. São Paulo: Martins fontes, 1999.

FERREIRA FILHO, M. G. **Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 215.

GALF, Renata. **Evento com empresários tem críticas ao STF por soltura de Lula e inquérito das fake news. 2022.** Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/05/evento-com-empresarios-tem-criticas-ao-stf-por-soltura-de-lula-e-inquerito-das-fake-news.shtml. Acessado em: 31/07/2022.

GAZETA BRASIL. **Juristas lançam livro sobre o Supremo**. Disponível em: https://gazetabrasil.com.br/brasil/2020/08/18/inquerito-do-fim-do-mundo-juristas-escrevem-livro-sobre-ilegalidades-do-stf-no-inquerito-das-fake-news/. Acessado em: 16/10/2021.

HOFFMANN, Henrique. **Deputado cometeu crimes, mas STF se equivoca ao decretar prisão**. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-fev-18/hoffmann-deputado-cometeu-crimes-stf-equivoca-decretar-prisao. Acessado em: 31/07/2022.

INSTAGRAM: **Termos de uso**. Disponível em: https://help.instagram.com/581066165581870. Acessado em 16/10/2021.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 5. tiragem. São Paulo: WMF, 2015.

LELLIS, Lélio Maximino, et al. **Manual de Liberdade Religiosa**. 1ª Ed. Engenheiro Coelho: Ideal Editora, 2013.

LOPES Jr, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**: volume I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

LORRAN, Tácio. **Justiça bloqueia perfis de Silveira no Facebook, Instagram e Twitter**. 2021. Disponível em: https://www.metropoles.com/brasil/justica-bloqueia-perfis-de-silveira-no-facebook-instagram-e-twitter. Acessado em: 18/08/2021.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional: curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

SILVEIRA, Wilson. **STF decide, por unanimidade, manter a prisão do deputado Daniel Silveira**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/728458-stf-decide-por-unanimidade-manter-a-prisao-do-deputado-daniel-silveira/ . Acessado em: 18/08/2021.

ONU. **Declaração universal dos direitos humanos, de 1948**. Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=163&lID=4. Acessado em: 18/08/2021.

PADUAN, Roberta. **A fake news bolsonarista sobre o "poder moderador" das Forças Armadas, 2020**. Disponível em:https://veja.abril.com.br/politica/a-mentira-dos-bolsonaristas-sobre-o-poder-moderador-das-forcas-armadas/. Acessado em: 18/08/2021.

SOUZA, Renato. **Saiba quem são os radicais bloqueados nas redes sociais por ordem do STF, 2020**. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/07/25/interna_politica,875167/saiba-quem-sao-os-radicais-bloqueados-nas-redes-sociais-por-ordem-do-s.shtml. Acessado em: 18/08/2021.

VIGNALI, Heber Arbuet. O atributo da soberania. Brasília: Senado Federal, 1995.

VANTI, Nadia Aurora Peres. **Da bibliometria à webometria: uma exploração conceitual dos mecanismos utilizados para medir o registro da informação e a difusão do conhecimento**. Ci. Inf., Brasília, v. 31, n. 2, p. 152-162, maio/ago. 2002. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ci/a/SLKfBsNL3XHPPqNn3jmqF3q/?lang=pt&format=pdf.Acessado em: 31/07/2022.

DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES MIGRANTES NO BRASIL EM UMA PERSPECTIVA DO MERCOSUL

Lincoln Zub Dutra[1]
Heggon Mario Balduino de Lima[2]

Resumo: O presente artigo, por meio de metodologia dedutiva e também indutiva, com base em estudos legislativos, doutrinários e com base em análises bibliográficas, tem como objetivo discorrer sobre os direitos dos trabalhadores previstos no Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), quais os tratados e regelações que o Brasil é signatário sobre o tema, discorrendo ainda sobre legislação interna e direitos fundamentais dos trabalhadores imigrantes previstos na Constituição Federal, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e na Lei n. 13445/2017 especifica sobre imigrantes e em como essa lei promoveu mudanças e benefícios em prol do trabalhador imigrante em território brasileiro.

Palavras-chave: Direito do trabalho. Imigrante. MERCOSUL. Direitos Fundamentais.

Abstract: This article, by means of deductive and also inductive methodology, based on legislative, doctrinal studies and on the basis of bibliographic analysis, aims to discuss the rights of workers provided for in the Southern Common Market (MERCOSUR), which treaties and regulations that Brazil is a signatory on the subject, also discussing internal legislation and fundamental rights of immigrant workers provided for in the Federal Constitution, in the Consolidation of Labor Laws (CLT) and in Law no. 13445/2017 specifies about immigrants and how this law promoted changes and benefits in favor of immigrant workers in Brazilian territory.

Keywords: Labor law. Immigrant. MERCOSUL. Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

É possível confirmar que a globalização econômica trouxe e vem trazendo grandes mudanças e avanços para países pelo Globo, concomitantemente ao desenvolvimento dos países, as melhorias dos meios de comunicação e a aproximação dos países, incidiu na criação de organizações internacionais de integração econômica, que em conjunto buscam melhorar suas relações comerciais bem como estabelecer políticas que possibilitem facilitar e melhorar a integração supranacional entre os países signatários.

O presente artigo, que se utiliza de metodologia dedutiva e também indutiva, com base em estudos legislativos, doutrinários e com base em análises bibliográficas, tem como objetivo fazer um breve estudo sobre o processo de integração supranacional, mais especificamente acerca do MERCOSUL e como esse cooperativismo dos países

1. Advogado. Pós Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2022/2023). Pós doutor em Direitos Humanos, Direitos Sociais e Direitos Difusos pela Universidade de Salamanca/ESPANHA (2021/2022). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Pós-graduando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Graduado em Direito pela Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Professor e Coordenador do Curso de Direito no Centro Universitário Católica de Santa Catarina. Coordenador da pós-graduação em Direito do Trabalho do Centro Universitário Católica de Santa Catarina. Professor convidado em programas de pós-graduação. Escritor e Coordenador de obras jurídicas. E-mail: lincoln.zub@gmail.com
2. Advogado. Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil– UNIBRASIL. Pós-graduado em Direito material e processual do trabalho no Centro Universitário Curitiba. Professor do Curso de Direito no Centro Universitário Católica de Santa Catarina. Professor da pós-graduação em Direito do Trabalho do Centro Universitário Católica de Santa Catarina. E-mail: heggon_@hotmail.com

signatários entendem e regulamentam a mão de obra dos trabalhadores que migram entre os países que fazem parte desse estado supranacional.

Adiante, discute-se como o Brasil, membro participante do MERCOSUL e signatário de outros tratados internacionais regulamenta e assegura os direitos laborais dos migrantes, observando as legislações internas voltadas especificamente para esse nicho específico de trabalhadores.

1. O COOPERATIVISMO DOS ESTADOS E A SUPRANACIONALIDADE

A globalização mundial gerou diversas alterações sociais, econômicas e políticas nos países que se viram situadas dentro desse movimento.

Com referido fenômeno e o surgimento de uma economia global as implicações políticas foram profundas, trazendo consequências não somente internas para cada país, mas também em âmbito internacional (MALISKA, 2006, p. 59)

Segundo Haberle (2007, p. 23) a globalização que se deu pelo desenvolvimento e aperfeiçoamento dos meios de comunicação pelo mundo onde aproximou os “estados” tornou visível as já existentes desigualdades econômicas, e a o aumento da disparidade entre países ricos e pobres fez com que houvesse uma cooperações entre os estados para que se evite um eventual conflito.

Com isso houve a criação e o surgimento de organizações internacionais de integração econômica, que buscam consolidar um mercado comum que possibilite a livre circulação de bens serviços e capitais.

Mas se faz necessária a distinção entre o processo de globalização e a abertura cooperação e integração dos estados pelo Globo, a aceleração dos processos de cooperação e integração tiveram como marco o final da segunda guerra mundial, onde os estados pós-guerra buscaram fortalecer organismos internacionais já existentes para a solução de conflitos e desenvolvimento econômico e social dos povos (MALISKA, 2006, p. 60).

Para Haberle (2007, pp. 24-25)o a ideia de cooperação dos estados iniciou-se em 1919 através do estatuto da liga das nações onde os estados buscaram formar uma constituição com uma política ampla entre os estados/nações buscando garantir a paz e segurança internacional.

Entretanto, foi somente após um grande período de extremo nacionalismo, e com o final da segunda guerra mundial que podemos citar a ideia de cooperação entre os estados da Europa, onde tem-se como um marco histórico o discurso de Winston Churchill em que o mesmo cita a ideia de uma família europeia (MALISKA, 2006. p. 77).

Destaca Haberle (2007, p. 25) que a carta das nações unidas foi criada com o intuito de ser o meio para a resolução dos problemas internacionais de natureza social, cultural e humanitário, buscando fomentar e sedimentar o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Mas essa idéia de integração em busca de garantia aos direitos fundamentais avança com a cerca das nações unidas, a qual estabelece a cooperação dos estados membros no âmbito econômico e social, resultando assim em uma forma de melhorar e aprimorar as relações comerciais entre estados, destacando que a ideia de constitucionalização do direito comunitário internacional avançou no plano regional, citando a titulo exemplificativo a OAS, OTAN, WEU (HABERLE, 2007, pp. 27-29).

A idéia efetiva de integração econômica entre estados deu-se primeiramente na Europa em 1951, com a comunidade européia buscando formalizar um mercado comum

para produtos de industria pesada como aço e carvão, sendo seus signatários os países da Alemanha, França, Itália, Bélgica Holanda e Luxemburgo, em seguida pode-se citar a comunidade europeia para energia nuclear e a comunidade econômica europeia advindas com o tratado de Roma de 1958 (MALISKA, 2006, p. 78).

A consolidação desse cooperativismo entre os estados da Europa somente se consolida em fevereiro de 1992, onde se cria a União europeia, que hoje está assentada no princípio do estado de direito e democracia onde estados membros delegam soberania para instituições comuns que representam a união em questões de interesse geral (MALISKA, 2006, p. 79).

Após a criação desse estado de cooperação entre os países da Europa, estados de diferentes continentes passarão a criar cooperações para aprimorar, melhorar e buscar o crescimento de suas soberanias, a titulo exemplificativo cita-se APEC (cooperação econômica da Ásia e do pacifico), CEI (comunidade dos estados independentes), NAFTA (acordo de livre comercio da América do Norte).

Quando países decidem integrarem-se em prol de um desenvolvimento comum eles passam por alguns processos de integração, geralmente iniciando-se pela zona de livre comércio que é onde os países signatários buscam derrubar barreiras tarifárias entre os estados que participam do pacto. Outro estágio é o de união aduaneira onde além da anulação das tarifas os países unificam a estrutura de tarifa dos países, podendo os estados utilizarem uma única aduana evitando, dentre outros problemas os desvios de comércio (RUFINO, 2014).

Um terceiro estágio é a do mercado comum, onde se estabelece a união aduaneira conjuntamente a livre circulação entre os países membros de bens, serviços e fatores produtivos, essa circulação de trabalho supõe a igualdade de tratamento para nacionais e estrangeiros que pertencem ao grupo econômico. Sucessivamente, como estágio evolutivo do processo de integração de países, tem-se a união econômica e monetária que implica em uma fusão politica dos países e criação de um novo Estado e por fim a integração política que pressupõe a absoluta coordenação das politicas macroeconômicas, financeiras fiscal, monetária e com o reconhecimento de uma autoridade supranacional para resolver os conflitos das normas internas dos estados (RUFINO, 2014).

No presente artigo se faz necessário um breve estudo sobre a origem do MERCOSUL e como o mercado comum do Sul impacta nas relações jus trabalhistas no território brasileiro.

A criação de um estado cooperativo entre os países latinos, assim como a Europa, passou a tomar forma somente após o final da segunda guerra mundial com a formação da ALALC (Associação Latino Americana De Livre Comércio) firmado pelos países do Brasil, Chile, México, Paraguai, Peru e Uruguai em 1960, tendo como objetivo específico a economia, onde buscavam um mercado comum latino americano (MALISKA, 2006, p. 88-89).

Em 1980 devido a problemas de falta de organização e planejamento foi substituída pela ALADI (associação Latino Americana de Integração), merecendo igualmente um destaque de integração latino americana, a ideia de construção cooperativa entre os estados latinos, a menção da CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina e Caribe) organizado pela ONU em 1948 (MALISKA, 2006, p. 89).

Somente em 1991 é que se compõe o MERCOSUL, através do tratado de Assunção, firmado pelos países da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, posteriormente foram incluídos Chile e Bolívia em 1996 e por fim a Venezuela que aderiu ao bloco em

2012, embora hoje esteja suspensa desde dezembro de 2016 por descumprimento de protocolo de adesão e por violação da cláusula democrática do bloco em 2017 (MERCOSUL, 2022).

A ideia principal da criação do MERCOSUL busca integrar os estados membros por meio da livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, estabelecer uma tarifa externa comum e adoção de uma política comercial comum, coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais, harmonização de legislações que possibilitem o fortalecimento do acordo (BETHONICO, 2007).

Além do tratado marco, o bloco foi complementado pelos protocolos de Brasília e Ouro Preto que buscaram efetivar um maior comprometimento dos signatários, bem como incentivar os países vizinhos para a integração (KERBER, 2001, p. 21).

Entretanto, foi através do tratado de Assunção, realizado em criado e promulgado 1991 que os membros do MERCOSUL buscaram modernizar suas economias e ampliar a oferta de bens e serviços disponíveis de modo a permitir uma melhoria exponencial da vida de seus habitantes (BETHONICO, 2007, p. 9).

O tratado de Assunção foi um marco para o cooperativismo sul americano por possuir e estabelecer diferentes características, tais como a de ser um *tratado-macro*, por ser um instrumento de caráter internacional, destinado a sua concretização, *regionalismo*, pois versa sobre a região, qual seja a América do sul, *integração econômica*, eis que constituiu um mercado comum em relação à economia, *permanente*, por não existir prazo de durabilidade e *ser um acordo de cooperação reforçada*, por não impedir que através de acordos complementares os países deleguem competências legislativas nos órgãos do tratado. Entretanto, somente com o protocolo de Ouro preto o MERCOSUL passou a ganhar personalidade jurídica de direito internacional (RUFINO, 2014).

Os países signatários do tratado de Assunção estabeleceram garantias e direitos essenciais dos trabalhadores, se comprometendo em buscar e garantir os princípios da democracia política do estado de direito, objetivando o respeito irrestrito dos direitos civis e políticos da pessoa humana, ambicionando regular, proteger e garantir os direitos dos trabalhadores, não somente em seus países, mas também nos países integrantes do bloco (MERCOSUL, 2015).

2. MERCOSUL E A PROTEÇÃO DO DIREITO DOS TRABALHADORES

Embora os estados em cooperação do MERCOSUL já buscassem a aproximação comercial entre bens e serviços, bem como estabelecer uma equidade entre os seus cidadãos, com o desenvolvimento e intensificação das atividades do bloco, tornou-se inevitável tratar das relações de trabalho e livre trânsito de trabalhadores em decorrência natural da dimensão sociolaboral das relações econômicas existentes entre os países (SANTOS).

Mas foi somente com o tratado de assunção que se exteriorizou uma efetiva busca e garantia dos direitos fundamentais dos trabalhadores pertencentes aos países pertencentes ao bloco.

Referido documento buscou garantir aos trabalhadores a garantia de igualdade efetiva de direitos, tratamento e oportunidades aos empregados "*sem distinção ou exclusão por motivo de sexo, etnia, raça, cor, ascendência nacional, nacionalidade, orientação sexual, identidade de gênero, idade, credo, opinião e atividade política e sindical, ideologia, posição econômica ou qualquer outra condição social, familiar ou pessoal."* (MERCOSUL, 2015)

O tratado tem como base estrutural a adoção de princípios fundamentais da democracia, o Estado de Direito, a observância irrestrita ao que dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), bem como cumprimento a disposições orientações e deveres estabelecidos nas Convenções da OIT, bem como outros tratados internacionais que perseguem garantia dos direitos ao trabalhador (SANTOS, 2018).

A declaração sociolaboral estabelecida em 1998 que posteriormente foi alterada/complementada em 2015 busca garantir os direitos individuais através de um tratamento igualitários a todos empregados migrantes e de fronteira legislando sobre a livre circulação desses trabalhadores, buscando combater o trabalho escravo, forçado, degradante, infantil e qualquer outro que fira princípios fundamentais da pessoa humana (RUFINO, 2014. pp. 93-94).

No direito coletivo, busca regulamentar a liberdade sindical, liberdade associativa, o direito a greve, o incentivo a conciliações em negociações coletivas bem como criação de órgãos que possibilitem a conciliação em eventuais conflitos. Além disso, busca criar procedimentos que melhorem a qualificação e desenvolvimento profissional e a integração do mercado de trabalho dos países membros, evitando riscos de acidentes e doenças de natureza laboral, incentivando também a seguridade social dos empregados (RUFINO, 2014, p. 94).

Com a regulamentação e a busca de direitos dos imigrantes, busca-se a proteção do direito à livre circulação dos trabalhadores, eliminando toda e qualquer restrição de mobilidade, provendo tratamento igual a todos, buscando garantir que não haja discriminação entre os trabalhadores decorrentes de sua nacionalidade, buscando ainda suprimir controles em relação a fronteiras e barreiras, possibilitando dessa maneira que a pessoa possa deixar seu país de origem em busca de empregos, mediante utilização de documentos válidos, e com isso, procurar uma melhor qualidade de vida em condições de igualdade aos nacionais do país em que se destina (JUNIOR, 2014, p. 92).

Certo de que existem distinções e diferenças nas leis dos países integrantes do MERCOSUL, é necessário destacar o papel fundamental dos princípios universais que regem as relações de trabalho, buscando estabelecer uma harmonização entre direitos supranacionais e direitos internos, citando a titulo exemplificativo o principio da primazia da realidade, da equidade e da proteção do trabalhador (RUFINO, 2014, p. 92).

Além da declaração sociolaboral, existe também outras medidas protetivas dos direitos dos trabalhadores no mercado comum do sul como exemplo o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (1996) que tem como objetivo facilitar o acesso à prestação jurisdicional nos países, resultando em um tratamento equitativo entre nacionais e imigrantes. Referido protocolo prevê a igualdade em tratamento processual, com o reconhecimento de sentenças e laudos arbitrais, inclusive trabalhistas, aceitação de documentos púbicos entre as autoridades, isentos de qualquer exigência (SANTOS, 2018, pp. 111-112).

Em 2009 foi promulgado o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL, Bolívia e Chile, que segundo Farina é o instrumento jurídico mais eficaz para regulamentar o direito de imigração dos trabalhadores, abrangendo não somente os que pertencem ao MERCOSUL, mas também os trabalhadores fronteiriços (SANTOS, 2014, p. 112).

Esse acordo prevê que os trabalhadores que desejarem residir em um país membro desse acordo, poderá requerer em seu próprio país de origem, ou diretamente no país escolhido, independentemente, no referido caso não existe a necessidade de carta

de oferta de trabalho conforme exigido para outros imigrantes confirmando o princípio da livre circulação de trabalhadores no MERCOSUL (SANTOS, 2014, p. 112).

Além de regulamentar e estabelecer os requisitos para residência temporária e definitiva para os trabalhadores pertencentes ao acordo firmado, o termo prevê de maneira expressa no 10º artigo os seguintes direitos aos imigrantes e membros de sua família: mesmos direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicas dos nacionais do país de recepção, em particular o direito a trabalhar e exercer toda atividade lícita; associar-se para fins lícitos, aqui se incluindo a sindicalização; reunião familiar com os membros que não sejam nacionais dos Estados Partes; ampla igualdade de tratamento com os nacionais do país de recepção, em especial no que concerne à aplicação da legislação trabalhista, remuneração, condições de trabalho e seguro social; direito a transferir ao seu país de origem sua renda e suas economias pessoais e acesso à educação pública em condições de igualdade com os nacionais do país de recepção (BRASIL, 2005).

Desta forma buscando atender princípios e diretrizes estabelecidos pela ONU, OIT, e demais tratados que visem garantir os direitos fundamentais dos trabalhadores, os Países do MERCOSUL, vem também realizando outros acordos destinados a incrementar procedimentos relativos à circulação de trabalhadores, melhorando as condições de labor e garantido a assistência social de seus naturais(SANTOS, 2014, p. 113).

Em relação aos acordos firmados pelo Brasil é necessário fazer o apontamento de alguns que merecem destaque, cita-se o Acordo entre Brasil e Uruguai para Permissão de Residência, Estudo e Trabalho, o qual prevê dentre outros direitos e garantias a possibilidade de residir no país vizinho, exercer trabalho, ofício ou profissão, com as consequentes obrigações e direitos previdenciários, escolas públicas ou privadas tanto de um como de outro país. Embora se verifique que a relação dos países seja muito amistosa e evoluída, referido termo prevê as citadas garantias e direitos somente para 09 municípios brasileiros e 09 municípios uruguaios (BRASIL, 2004).

Recentemente referido acordo foi complementado para garantir a contratação e prestação de serviços de saúde, prevendo também a livre circulação de ambulâncias nas regiões elencadas (SANTOS, 2014, p. 115).

Outro acordo bilateral de relevante importância aqui no Brasil em relação a países vizinhos é o Acordo Brasil-Bolívia sobre os fronteiriços, celebrado em 08 de julho de 2004, que permite a residência, estudo e trabalho a nacionais fronteiriços de ambos os países, abrangendo 04 municípios do Brasil e quatro da Bolívia, estabelecendo direitos em relação ao exercício de trabalho, ofício ou profissão, com as obrigações previdenciárias e tributárias deles decorrentes; frequência a estabelecimento de ensino público ou privado, prevendo ainda tolerância das autoridades em relação aos idiomas (SANTOS, 2014, p. 117).

Necessário ainda apontar que em relação à Argentina, o Brasil possui um Projeto de lei de número 860/2008 que ainda não foi ratificado pelo Brasil, mas tramita em caráter de urgência na câmara dos deputados, o qual ira abranger o maior número de cidades fronteiriças, sendo nove municípios argentinos e dez municípios brasileiros (BRASIL, 2008).

Dentre os direitos previstos em referido termo estão o de residir nas cidades que estão elencadas no tratado, Carteira de Trânsito que garante direito de dirigir nos dois países, permite o exercício de ofício, trabalho ou profissão, com as respectivas obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias, de acordo com as leis destinadas aos cidadãos nacionais onde a atividade for desenvolvida. Além disso, o acordo prevê

aceitação de documentos em espanhol e em português por parte das autoridades, cooperação por meio de intercâmbio de professores nas regiões, dentre outros (SANTOS, 2014. p. 115).

Embora se verifique a existência de uma legislação protecionista em face do trabalhador imigrante no MERCOSUL, a integração regional nas relações de trabalho não teve grandes avanços no MERCOSUL desde a aprovação da Declaração Sociolaboral em 1998, posteriormente sucedida pela de 2015, ambas não delimitaram ou estabeleceram uma força coercitiva desse tratado internacional, não conseguindo avanços que concretizassem os direitos humanos trabalhistas, sendo que até hoje não existe no MERCOSUL políticas eficientes entre os países orientadas para proteger os imigrantes em suas relações de trabalho (MARTINS, 2018).

Em seguida passaremos a abordar mais especificamente a legislação brasileira interna em relação aos trabalhadores imigrantes no país.

3. A PROTEÇÃO DO TRABALHADOR IMIGRANTE NO BRASIL – PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR IMIGRANTE

Conforme já narrado em tópicos anteriores, a criação de um estado supranacional, a aproximação dos estados membros do MERCOSUL e a busca pelo crescimento econômico através de diminuições de taxas alfandegárias, com a facilitação de compra e venda de produtos e serviços, fez com que a presença de imigrantes no mercado de trabalho formal no Brasil crescesse exponencialmente nos últimos anos.

O crescimento da economia brasileira fez crescer o interesse de muitos estrangeiros em trabalhar no país, e segundo estatísticas do Ministério da Justiça houve um crescimento de 57% no número de trabalhadores estrangeiros, totalizando 1,51 milhão em dezembro de 2018 (TST, 2012).

Diante do crescimento, foi necessário ao poder legislativo criar e aprimorar a legislação para regular e garantir a esses trabalhadores, garantias de direitos para que os mesmos não fossem desvalorizados ou tenham que laborar em condições degradantes.

Passemos então a explanar sobre a evolução das normas jurídicas acerca do tema e como a nova Lei de migração brasileira passou a beneficiar e melhorar os direitos dos imigrantes, facilitando a entrada dessas pessoas no mercado de trabalho.

Iniciemos o estudo abordando sobre a constituição federal que em relação aos direitos fundamentais defende a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa em seu Artigo 1º, III e IV, adiante, defende a indiscriminação e a promoção de uma sociedade livre justa e solidária (Art. 3º) sem distinção de cores, raça, origem sexo, idade ou qualquer outra forma de discriminação (BRASIL, 1988).

Em seguida, passa então carta Magna abordar sobre as relações internacionais, onde no parágrafo único do artigo 4º aponta que Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. No Artigo 5º inciso II a constituição dispõe que todos são iguais perante a lei, garantindo assim igualmente aos imigrantes inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança, entre outros direitos elencados no rol do referido artigo (BRASIL, 1988).

Ainda, conforme já prevê o acordo sociolaboral do MERCOSUL, o trabalhador estrangeiro possui garantia a qualquer ofício ou profissão, respeitando o que o inciso XIII, do artigo 5º, inclusive empregos na área pública, conforme previsão do Art. 37, I, da Constituição Federal, com exceção dos cargos privativos de brasileiros natos, que estão

descritos no Art. 12, § 3º da Constituição Federal, que dizem respeito aos cargos de maior poder na estrutura pública do país, tais como o de Presidente e vice-presidente da república, ministro do STF, presidente da câmara dos deputados, presidente do senado federal, da carreira diplomática, oficial das forças armadas, ministro do estado da defesa (BRASIL, 1988).

Na CLT, as poucas menções a estrangeiros se limitam em exigir identidade de estrangeiro e anotar no registro do empregado os dados de sua nacionalidade, conforme determina o Art. 359. No Art. 352 e seguintes. a CLT prevê que as empresas individuais ou coletivas, que explorem serviços públicos dados em concessão, ou que exerçam atividades industriais ou comerciais devem destinar 2/3 das suas vagas de trabalho a empregados brasileiros, que poderá ser inferior quando decretada por decisão do poder executivo (BRASIL, 1943).

Dito isso, é necessário verificar as leis internas que versem exclusivamente sobre os trabalhadores estrangeiros e como se aplicam nas relações de trabalho.

A primeira regulamentação em relação exclusiva aos estrangeiros no Brasil foi a Lei nº 6.815/1980, chamada de estatuto do estrangeiro, que além de prever as formas de entrada do estrangeiro em território nacional, impedimentos, registros, exportação, deportação, previa também seus direitos e deveres (BRASIL, 1980).

Imperioso destacar que o estrangeiro possuía uma série de restrições, tais como o exercício de atividade remunerada ao estrangeiro temporário (art. 98), não podendo ainda o estrangeiro (temporário ou não) se filiar a qualquer associação ou sindicato profissional de sua categoria (Art. 108), dentre outros direitos que lhe eram tolhidos, dificultando sua profissionalização e lhe afastando a ideia de igualdade com o trabalhador brasileiro (BRASIL, 1980).

Hoje no Brasil está em vigência a Lei de Migração nº 13.445/2017 e seu Regulamento pelo Decreto n. 9.199/2017, que regulam o processo migratório internacional no Brasil, inclusive, de forma geral para toda a faixa de fronteira do Brasil, revogando o que previa o antigo Estatuto do Estrangeiro citado anteriormente (SANTOS, 2018, p.106).

A nova lei de migração estabelece já em seu art. 2º que sua aplicabilidade não prejudica normas internas e internacionais sobre refugiados, asilados, diplomatas, entre outros (BRASIL, 2017).

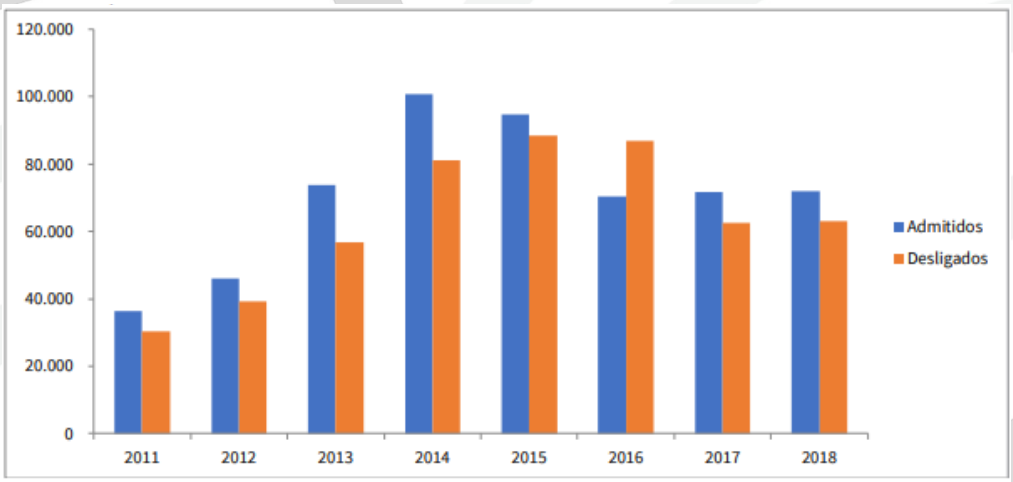
Em seu Art. 3º discorre sobre garantias e princípios dos migrantes sendo de relevância destacar a não criminalização da migração (inciso III), a acolhida humanitária (inciso VI), a igualdade de tratamento e de oportunidades ao migrante e a seus familiares (inciso IX), a inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas (inciso X), o acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social (inciso XI), promoção e difusão de direitos, liberdades, garantias e obrigações do migrante (XII), dentre outras garantias aos direitos fundamentais das pessoas que passam a residir temporariamente ou não no Brasil (BRASIL, 2017).

Outros pontos que merecem destaque é o de definir as categorias associadas aos diversos tipos de mobilidade, quais sejam: imigrante, já com a modulação do tempo de permanência – temporários ou permanentes; emigrante, mostrando uma preocupação com os brasileiros que residem fora do país; visitantes, para os casos de curtíssima duração; e apátrida, facilitando a acolhida de um número crescente de pessoas que vêm perdendo sua nacionalidade (OLIVEIRA, 2017).

Assim, segundo Oliveira, com a vigência da nova lei de migração o Brasil passa a ter uma das legislações mais modernas em relação ao tema, assegurando ao migrante pleno acesso a serviços, garantindo a reunião familiar, reconhece a formação acadêmica obtida fora do Brasil, permitindo a associação sindical e política, facilita a inclusão laboral, repudiando práticas de discriminação e descriminalizando a migração (OLIVEIRA, 2017).

Observando as facilidades oferecidas pelo Brasil, e a busca em estabelecer uma igualdade entre os migrantes e nacionais, o crescimento e o fluxo migratório cresceram exponencialmente nos últimos anos, acarretando consequentemente em um crescimento de imigrantes que ingressaram no mercado de trabalho brasileiro.

Para se ter uma ideia da movimentação de trabalhadores migrantes no mercado de trabalho formal o Portal de Imigração Laboral pertencente ao ministério da justiça e segurança pública, anualmente vem fazendo estudos e levantamentos sobre a movimentação desses trabalhadores no mercado de trabalho. A título exemplificativo cita-se o gráfico realizado pelo instituto sobre a movimentação de trabalhadores migrantes no mercado de trabalho formal brasileiro entre 2011 a 2018 (BRASIL, 2019):



Fonte: Elaborado pelo OBMigra com base nos dados do Ministério da Economia, base harmonizada RAIS-CTPS-CAGED, 2011 a 2018.

A assinatura do Acordo de residência do MERCOSUL e Países Membros, em 2009, juntamente com a crise haitiana, e recentemente na Venezuela, entre outros fatores ajudam a explicar a crescente entrada e, consequentemente, o aumento de trabalhadores migrantes a partir de 2010 no país, cujo ápice ocorreu em 2014, tendo o mercado de trabalho absorvido essa população tanto em empregos que exigem pouca ou nenhuma qualificação quanto em empregos de alta complexidade e exigências, tornando a vinda dos imigrantes de diferentes origens mais constante e habitual no Brasil (BRASIL, 2019).

Diante dessa intensa mobilidade humana internacional, surgem oportunidades para o Brasil se beneficiar da diversidade e do multiculturalismo advindo com essa migração, mas também deveres de proteção para impedir a construção jurídica de vulnerabilidades e uma desenfreada exploração dos migrantes que possam prejudicar toda a sociedade (RAMOS, 2017).

Com a nova lei de migração elencando e confirmando essa busca pela igualdade entre migrantes e brasileiros, garantindo direitos fundamentais aos trabalhadores estrangeiros a jurisprudência acertadamente vem defendendo a aplicação da referida lei, garantindo a igualdade aos trabalhadores.

Ainda, imperioso ressaltar que a Lei n. 13.445/2017 afirma que serão sempre observadas as condições mais benéficas contidas em outras fontes, dispondo que os termos da legislação não prejudicam direitos e obrigações estabelecidas por tratados vigentes no Brasil e que sejam mais benéficos ao migrante e ao visitante, em particular os tratados firmados no âmbito do MERCOSUL (Art. 111), prevendo ainda que sua vigência não impede o tratamento mais favorável que esteja assegurado por tratado em que o Brasil seja parte. (Art. 122) (BRASIL, 2017).

Esse inclusive já era o entendimento jurisprudencial antes da publicação da referida Lei, sendo que em 2012 o Tribunal Superior do Trabalho veiculou uma notícia em que confirmava que trabalhadores estrangeiros têm os mesmos direitos dos brasileiros, apontando que já eram inúmeras as decisões dos tribunais dos trabalhos que reconheciam a igualdade de direitos entre estrangeiros e brasileiros, tais como, 13º salário, FGTS e férias de 30 dias, entre outros. Também vale destacar a jornada padrão de oito horas diárias ou 44 por semana, com um dia de folga, preferencialmente aos domingos (TST, 2012).

Assim, com a vigência da lei de migração, aliado aos preceitos constitucionais existentes, bem como aos tratados vigentes onde o Brasil é signatário, declaração sociolaboral do MERCOSUL (1988), e demais tratados em que o Brasil é signatário, resta evidente a busca pela igualdade e a garantia de direitos fundamentais a trabalhadores migrantes que passam a exercer alguma forma de trabalho remunerado no país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do presente estudo buscou-se elucidar sobre como os países, mais especificamente no MERCOSUL, buscam através de políticas conjuntas de desenvolvimento social e econômico a evolução e crescimento em conjunto.

Embora embasado primordialmente em uma ideia econômica, os países os estados integrantes do MERCOSUL desenvolvem políticas de natureza supranacionais voltadas a melhorar a colaboração e desenvolvimento de direitos e garantias moradores do bloco, dentre os direitos que se busca regular e aprimorar esta o direito do trabalho, que busca garantir aos trabalhadores que buscam laborar em países diferentes de sua nacionalidade, igualdades e direitos fundamentais para assegurar tratamento igualitário nas relações de trabalho.

No Brasil além dos tratados internacionais em que o país é signatário, existe legislação específica, bem como artigos da constituição que asseguram ao trabalhador estrangeiro garantias fundamentais ao trabalhador imigrante, buscando tratar essas relações de maneiras iguais aos trabalhadores brasileiros, observando sempre tratados supranacionais, e os aplicando caso esses sejam mais benéficos ao trabalhador.

REFERÊNCIAS

BETHONICO, Cátia Cristina de Oliveira. **OS DIREITOS HUMANOS NO MERCOSUL.** in: Revista Direitos Fundamentais & Democracia / Faculdades Integradas do Brasil. Curso de Mestrado em Direito da UniBrasil. – v.2, n.2 (jul./dez. 2007) - Curitiba: UniBrasil, 2007. ISSN 1982-0496 - Disponível em: http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/142

Brasil. Câmara dos Deputados - **Dec. Leg. 925/2005**. https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms/normativas/acordosinternacionais.html/decleg-925-2005.html

Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Brasil. **DECRETO Nº 5.105, DE 14 DE JUNHO DE 2004**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5105.htm -

Brasil. **DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

Brasil. **LEI Nº 6.815, DE 19 DE AGOSTO DE 1980.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm.

Brasil. **LEI Nº 13.445, DE 24 DE MAIO DE 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm.

Brasil. **Projeto de Decreto Legislativo de Acordos, tratados ou atos internacionais. PDC 860/2008**. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=409303.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

JUNIOR, Augusto Jaeger. **MERCOSUL e a livre circulação de pessoas.** São Paulo, LTr, 2000

KERBER, Gilberto. **MERCOSUL E SUPRANACIONALIDADE: um estudo à luz das legislações**. São Paulo, LTr, 2001.

MALISKA, **Marcos Augusto. Estado e século XXI: a integração supranacional sob a ótica do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MARTINS, Juliane Caravieri. **Trabalho digno e a integração regional no MERCOSUL: O caso dos migrantes venezuelanos no estado de Roraima.** Scientia Iuris, Londrina, v. 22, n. 2, p.305-332, jul. 2018 - ISSN: 2178-8189. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/33030.

MERCOSUL. **Declaração Sociolaboral do MERCOSUL de 2015 – I Reunião Negociadora – Brasília, 17 de julho de 2015** – disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/10519-declaracao-sociolaboral-do-mercosul-de-2015-i-reuniao-negociadora-brasilia-17-de-julho-de-2015

MERCOSUL. **Saiba mais sobre o MERCOSUL**. Disponível em: http://www.mercosul.gov.br/saiba-mais-sobre-o-mercosul

Ministério da Justiça e segurança Pública. **RELATÓRIO ANUAL 2019 Imigração e Refúgio no Brasil.** Disponível em: https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/relatorio-anual/RELAT%C3%93RIO%20ANUAL%20OBMigra%202019.pdf.

OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. **Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças** – in. Revista Brasileira de Estudos de População Print version ISSN 0102-3098 On-line version ISSN 1980-5519 – disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982017000100171.

RUFINO, Regina Célia Pezzuto. **O Mercosul e a efetividade dos direitos sociais: vantagens e desafios.** Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, [S.l.], v. 5, n. 9, p. 79-101, out. 2014. ISSN 2358-601X. Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/2431/1722

SANTOS, Enoque Ribeiro e FARINA, Bernardo Cunha. **A Proteção Jurídica do Trabalhador Fronteiriço e do Refugiado sob a Luz da Nova Lei do Migrante (Lei 13.445/2017)** in REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA OITAVA REGIÃO - ISSN 0100-1736

Tribunal Superior do Trabalho. **O trabalhador estrangeiro no Brasil.** Disponível em: www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/2254060

REFUGIADOS CLIMÁTICOS: O VAZIO LEGISLATIVO NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL COMO FATOR DE RISCO AOS DIREITOS HUMANOS

Lucas Filipe dos Anjos Schettert[1]

Resumo: O presente artigo busca analisar a inexistência de legislação internacional que forneça proteção às pessoas que se deslocam por fatores ambientais, atualmente chamados de refugiados climáticos. O estudo examinará o arcabouço jurídico internacional sobre o tema, verificando o risco de violação aos direitos humanos dessa nova categoria de refugiados. Serão exploradas as principais disposições jurídicas citadas no primeiro precedente envolvendo o reconhecimento de um refugiado climático perante o Comitê de Direitos Humanos da ONU. Por fim, como alternativa resolutiva, serão abordadas medidas unilaterais efetivas que foram criadas por Estados para estabelecer um instrumento jurídico de garantia dos Direitos Humanos daqueles que são obrigados a se deslocar por razões climáticas.

Palavras-chave: Refugiados Climáticos. Mudança Climática. Kiribati. Direitos Humanos.

Abstract: This article seeks to analyze the lack of international legislation that gives protection to people displaced by environmental factors, currently called as climate refugees. The study will examine the international legal framework about the subject, it will verify the risk of violation of Human Rights of this new refugee category. It will explore the main legal provisions cited in the first legal precedent involving the recognition of a climate refugee before the UN Human Rights Committee. Lastly, as a resolutive alternative, it will address effective unilateral measures that were created by States to establish a new legal instrument to guarantee the Human Rights of those who are forced to displace due to climate causes.

Keywords: Climate Refugees. Climate Change. Kiribati. Human Rights.

INTRODUÇÃO

Entre os grandes desafios globais enfrentados atualmente, que exigem a cooperação internacional entre os países, destacam-se as mudanças climáticas e a migração involuntária. Os fenômenos ambientais, agravados pela ação humana, não estão apenas devastando o meio ambiente, como também forçando pessoas a abandonarem suas casas em busca de sobrevivência. Conforme será demonstrado, a perspectiva é de que a crise migratória se agrave nos próximos anos, na medida em que não são tomadas ações efetivas pelos Estados para contenção dos danos ao meio ambiente e para proteção dos que se deslocam por fatores ambientais.

Será exposta a inexistência de legislação internacional que garanta os direitos humanos daqueles que migram involuntariamente por motivos climáticos. A comunidade internacional tem focado suas ações em medidas de mitigação e prevenção a impactos ambientais, com pouca preocupação sobre as pessoas diretamente afetadas por esse fenômeno. Nesse sentido, se os migrantes que se deslocam involuntariamente pelas ações climáticas sofrem risco de violação aos direitos humanos, por que não são resguardados pelo Estatuto dos Refugiados?

Veremos que essa categoria de migrantes carece do elemento essencial para a configuração do status de refugiado, isto é, da comprovação de perseguição, de que não existem meios de recorrer ao seu próprio governo para salvaguardar seus direitos. Como se mostra bastante nítido, um refugiado não poderá alegar perseguição por conta do clima, pois não é possível determinar o causador do fenômeno e o agressor do direito. A vista disso, será constatado o prevalecimento do entendimento de que existem óbices

1. Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Sociedade Educacional de Santa Catarina. E-mail: lucasschettert12@gmail.com.

jurídicos e geopolíticos que inviabilizam a discussão sobre ampliação do Estatuto dos Refugiados para inclusão de uma nova categoria, a dos refugiados climáticos.

A expressão “refugiados climáticos” é mencionada de forma pioneira nas cortes internacionais no julgamento do Comitê de Direitos Humanos da ONU, de fevereiro de 2020, envolvendo o caso de Ioane Teitiota (ONU, Comissão de Direitos Humanos, 2020). O Autor e sua família, moradores da República do Kiribati, país insular no pacífico central, foram deportados após terem migrado para a Nova Zelândia em busca de sobrevivência. A decisão reconheceu que os impactos da mudança climática podem resultar em violação aos direitos humanos das pessoas que vivem em regiões mais vulneráveis aos seus efeitos, o que pode implicar em obrigações aos Estados de não devolução, em razão do dever de cumprimento ao direito à vida digna, consagrado no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Resolução da Assembleia Geral da ONU 2200A – XXI, 1996).

Em face da ausência de norma específica sobre a matéria, serão exploradas alternativas criadas por países que se apresentam como medidas interessantes para a proteção dos refugiados climáticos. A primeira delas é a concessão de vistos especiais, que podem ser estabelecidos através de acordos bilaterais entre países que enfrentam uma realidade migratória própria, como a Nova Zelândia em relação a ilhas próximas no Pacífico (PEARLMAN, "New Zealand Creates Special Refugee Visa for Pacific Islanders Affected by Climate Change", 2017).

. Outra inovação jurídica foi realizada através da Convenção de Kampala (Convenção da União Africana sobre a Proteção e Assistência às Pessoas Deslocadas Internamente na África, 2009), que ganhou grande destaque por ter sido o primeiro instrumento regional vinculante que protege os que se deslocam em razão do clima, seja por ação direta ou indireta do homem.

Com o presente estudo pretende-se dar mais visibilidade à questão dos refugiados climáticos no âmbito jurídico internacional, através de uma pesquisa sobre o panorama atual da categoria, analisando as hipóteses de inovação no Direito Internacional para acompanhar as mudanças do planeta, garantindo a todos os seres humanos o seu direito mais essencial, a vida.

1. OS REFUGIADOS E A CRISE AMBIENTAL MIGRATÓRIA NO SÉCULO XXI

O instituto do refúgio no Direito Internacional foi estabelecido no Estatuto dos Refugiados, através da Convenção de Genebra de 1951. O texto legal foi criado seis anos após os conflitos da Segunda Guerra Mundial, com o principal objetivo de proteger os sobreviventes e desalojados que se deslocavam pela Europa em busca de melhores condições de subsistência (JUBILUT, 2007).

Nesse sentido, com o intuito de liderar os trabalhos da Convenção de Genebra e descentralizar a questão dos refugiados, as Nações Unidas constituíram como um de seus órgãos o ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, podendo também ser chamado de Agência da ONU para os Refugiados), que tem como propósito a proteção dos direitos das pessoas que se encontram em situação de refúgio (JUBILUT, 2007).

No Brasil, a referida convenção internacional foi adotada na forma da Lei nº 9.474 de julho de 1997, trinta anos após a aprovação do Protocolo de 1967, que expandiu as fronteiras do ACNUR e ampliou o conceito de refugiado. Em um país que renascia após um período de ditadura militar, a aprovação da referida legislação representou grandes avanços na área de direitos humanos (JUBILUT, 2017, pg. 72).

Sobre o conceito de refúgio na legislação internacional, ensina Paulo Henrique Gonçalves Portela que o indivíduo deve figurar essencialmente na condição de perseguido, ou comprovar que sofre grave e generalizada violação aos direitos humanos em seu país de origem, para que somente assim possa ser efetivamente reconhecido como refugiado (PORTELA, 2014, pg.360).

Podemos perceber que atualmente, no cenário jurídico internacional, existe a necessidade de comprovação da perseguição sofrida pelo indivíduo, sendo este fator fundamental ao estabelecimento da condição de refugiado. Somente assim será assegurado o acesso e a permanência da pessoa no país de destino, para fins de acolhida humanitária e assistência social.

Com objetivo de garantir os direitos fundamentais dos perseguidos que buscam refúgio, é importante que o reconhecimento da condição de refugiado não seja representado através de ato discricionário do Estado acolhedor, pois isso implicaria em critérios políticos e subjetivos de aceitação.

O instituto do refúgio deve ser declarado como uma condição pré-definida nas leis internacionais e assegurada pelo Estatuto dos Refugiados. A partir dessa concepção, evita-se que os países receptores diligenciem medidas para aplicar uma interpretação mais restritiva ao direito de refúgio (JUBILUT, 2007, pg. 37).

Conforme demonstrado, a Convenção de Genebra de 1951 foi um marco histórico bastante expressivo no Direito Internacional, posto que se tornou instrumento jurídico basilar para a garantia dos Direitos Humanos dos refugiados.

Todavia, na medida em que a sociedade evolui e se depara com novas realidades, como por exemplo o aquecimento global e as mudanças climáticas, percebemos que o instituto do refúgio, consolidado no plano jurídico internacional, não se mostra mais totalmente eficaz, visto que deixa de abranger uma nova categoria a ser protegida, a dos refugiados climáticos.

A constante busca por sobrevivência e melhores condições de vida sempre acompanharam o desenvolvimento das migrações na história humana. Além das guerras e conflitos, outro fator determinante para o deslocamento de pessoas é a ocorrência de eventos climáticos extremos e catástrofes ambientais. O acontecimento desses fenômenos interfere diretamente nos meios de subsistência e na capacidade de sobrevivência de povos e indivíduos em regiões vulneráveis, obrigando-os a deixarem suas moradias e seu território de origem (Migration and the climate crisis: the UN's search for solutions, 2019).

A atividade humana sobre o meio ambiente está acelerando as alterações do clima e agravando o impacto dos desastres naturais, principalmente, nos países mais pobres e com menos condições de reassentamento da população. As condições extremas nas regiões mais afetadas pelo clima geram um fenômeno migratório para países com melhor infraestrutura e condições de assistência social.

A exposição de países subdesenvolvidos e de países em desenvolvimento a eventos climáticos extremos e catástrofes ambientais, representa um fator de vulnerabilidade tanto nas áreas rurais como urbanas, gerando um efeito devastador nas mais diversas áreas da economia do Estado afetado. Em vista dessa situação, os padrões de migração atuais podem ser enxergados como uma estratégia e principal meio de adaptação e sobrevivência das pessoas que migram em razão do clima (Cambridge University Press, 2014).

Uma estimativa realizada pelo *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC), sinalizou que até 2050 as mudanças climáticas podem tornar cerca de 190 milhões de

pessoas vítimas de secas, desertificação e enchentes, forçando-as a migrar de suas cidades/países. Da mesma forma, a ONU já estima mais de 25 milhões de pessoas vítimas de catástrofes ambientais em todo o planeta (BARROS, 2011, pg. 66)

As estimativas indicadas acima demonstram que a migração em razão do clima afeta milhões de pessoas no mundo, tendo como consequência o deslocamento em massa de indivíduos, que abandonam suas moradias e suas origens em busca de sobrevivência. As estimativas dos estudos ora citados, apontam que haverá um crescimento no número de refugiados climáticos nos próximos anos, o que transparece a urgência e importância de discussão sobre possíveis soluções jurídicas para a questão dos refugiados climáticos no Direito Internacional.

Muito embora os aspectos da mudança climática tenham se tornado cada vez mais populares e presentes nas discussões acadêmicas, na comunidade científica e em eventos internacionais como: Assembleia Geral da ONU, as Conferências anuais sobre Mudanças Climáticas e o Fórum Econômico Mundial, ainda há muito que se construir para que possamos afirmar que existem medidas concretas e efetivas de proteção dos que se deslocam por conta de fatores climáticos (SARJANA, 2018, pg. 226).

Não são raras as vezes em que líderes mundiais e governantes sugerem que fenômenos como aquecimento global, efeito estufa, aumento do nível do mar, inundações e desertificações são eventos que ocorrerão somente em um futuro distante, ou sequer existem. No entanto, pode-se perceber que medidas drásticas devem ser tomadas imediatamente, principalmente para proteção dos indivíduos que residem em regiões vulneráveis às mudanças climáticas.

De acordo com o Centro de Monitoramento de Deslocamento Interno do Conselho de Refugiados da Noruega (IDMC – Internal Displacement Monitoring Center, em inglês), 17,5 milhões de pessoas foram deslocadas por desastres relacionados ao clima somente em 2014. Ademais, o documento mostra que em média 22,5 milhões de pessoas foram deslocadas anualmente nos últimos sete anos por conta de desastres relacionados ao clima, isso equivale a 62 mil pessoas deslocadas por dia (BHOWMIK, 2020, pg. 59).

As perspectivas ambientais para as próximas décadas não são as mais favoráveis à espécie humana e alertam para a urgência de uma solução sobre o tema. Dessa forma, nota-se que os países desenvolvidos são os mais poluidores e também os menos prejudicados pelas mudanças climáticas (BHOWMIK, 2020). Do mesmo modo, convém lembrar que esses mesmos países são os que mais sofrem com a atual crise migratória.

Uma pesquisa publicada na *Science Magazine* (MISSIRIAN; SCHLENKER, 2017) relacionou o aumento dos pedidos de asilo na Europa com o aumento da temperatura acima do normal nos países de origem dos requerentes. Os pesquisadores chegaram à conclusão que durante um período de 15 anos, entre 2000 e 2014, alterações no clima em áreas de agricultura de 103 países tiveram uma influência direta na migração de indivíduos para o continente Europeu.

Conforme destacado por Sarjana em seu trabalho sobre as mudanças climáticas e migração humana (SARJANA, 2018, p. 2), o tema ainda não recebe a atenção necessária dos Estados e das Organizações Internacionais, mesmo com um número de vítimas equivalente aos de conflitos armados.

As informações apresentadas transparecem a gravidade da questão da migração climática e prescrevem a necessidade imediata de criação de medidas internacionais que reconheçam a condição dos refugiados climáticos, bem como de iniciativas normativas que visem garantir os direitos fundamentais das pessoas envolvidas nesse processo.

2. O RISCO DE VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS DOS AFETADOS

Quando se fala em refugiado, logo se faz inevitável a associação a pessoas em situações de guerra, autoritarismo, conflito armado ou envolvendo ameaças de grupos extremistas. Nesses casos, notadamente verifica uma maior facilidade para que a vítima declare o risco de violação aos direitos humanos perante as organizações internacionais. Isso porque estão presentes maiores elementos probatórios que demonstram o preenchimento dos requisitos para a aplicação do instituto do refúgio.

Quanto a isso, percebe-se que o conceito de refugiado trazido no Art. 1º da Convenção de Genebra de 1951 (criado em um período pós-guerra, onde a principal preocupação do Direito Internacional era em conceder assistência às vítimas que deslocavam pelo continente Europeu), parece se adequar melhor aos cenários onde é possível se enxergar um inimigo, um perseguidor que atenta contra os direitos humanos de determinada pessoa ou grupo.

Os refugiados climáticos, que são os indivíduos que migram por conta de fenômenos ambientais, poderiam, em tese, ainda contar com a proteção de seus governos nacionais, enquanto os refugiados tradicionais não, haja vista que os Estados são frequentemente a fonte de perseguição.

Tendo essa primeira concepção em mente, questiona-se: quais seriam as violações aos direitos humanos sofridas pelos refugiados climáticos? Em estudo sobre a identificação dos elementos ambientais que podem comprometer as condições de subsistência de um indivíduo ou de uma comunidade (APAP, 2019, p.5). Os autores levantam argumentos quatro principais conclusões sobre mudanças climáticas relevantes para o movimento populacional: a) redução da água disponível; b) diminuição no rendimento das agriculturas; c) risco de enchentes, tempestades e inundações costeiras; e d) Impactos Negativos na saúde (especialmente para os pobres, idosos, novos e marginalizados).

A partir do estudo elaborado, nota-se a presença desses elementos migratórios em um caso concreto, relacionando-os à violação aos direitos humanos alegada por Ioane Teitiota perante o Comitê de Direitos Humanos da ONU.

Muito embora se trate de uma reclamação individual, é certo que, com base no cenário climático e migratório atual, o caso representa um marco no Direito Internacional e traz visibilidade a uma categoria de pessoas que carecem de proteção jurídica. Além disso, abre um novo panorama de discussão sobre os direitos humanos consagrados no âmbito internacional, de modo que novos conceitos possam ser introduzidos para sanar a ausência de proteção existente.

Em fevereiro de 2020, o Comitê de Direitos Humanos da ONU decidiu pela primeira vez sobre um caso envolvendo refugiados climáticos. O autor do pedido, Ioane Teitiota, morador da República do Kiribati, recorreu à ONU após ele e sua família terem sido deportados pelo governo da Nova Zelândia. Alega o autor que ao ser enviado de volta para o Kiribati, a Nova Zelândia violou seu direito à vida, previsto no artigo 6º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos[2].

2. "(...) a doctoral candidate researching climate change in Kiribati at the University of Waikato in New Zealand. Mr. Corcoran, a national of the Republic of Kiribati, characterized the country as a society in crisis owing to climate change and population pressure. The islands constituting the country rose no more than three meters above sea level. Soils were generally poor and infertile. Unemployment was high. The population of South Tarawa had increased from 1,641 in 1947 to 50,000 in 2010. In Tarawa and certain other islands of Kiribati, the scarcity of land engendered social tensions. Violent fights often broke out and sometimes led to injuries and deaths. Rapid population growth and urbanization in South Tarawa had

A decisão diz que o autor não sofreu risco real de ser perseguido caso retornasse ao seu país. Retornando ao cerne da questão, a decisão pontua que Teitiota não foi capaz de provar qualquer ação ou omissão do Governo do Kiribati que pudessem indicar que estaria sendo privado do direito contido no Art. 6º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o direito à vida.

> Contudo, o autor não conseguiu apontar qualquer ação ou omissão do Governo do Kiribati que possa indicar um risco de que ele seria arbitrariamente privado do seu direito à vida compreendido no Artigo 6º da Convenção. (Comitê de Direitos Humanos da ONU, 2020, sobre o Comunicado No. 2728/201, p. 5, tradução nossa)

Contudo, o autor conseguiu demonstrar que o aumento do nível do mar causado pelas mudanças climáticas, impactam diretamente nas condições de segurança e habitação da República do Kiribati. Além disso, o Comitê reconheceu que ao ser enviado novamente para seu país de origem, o autor correria risco de violação do direito à vida com dignidade, conforme Art. 6º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

> Com base na informação apresentada pelo autor às autoridade domésticas e em sua comunicação, o Comitê considera que o autor demonstrou suficientemente, para os propósitos de admissibilidade, que em razão dos impactos da mudança climática associados com a elevação do nível do mar na habitabilidade da República do Kiribati e na situação de segurança dentro de suas ilhas, ele enfrentou, como resultado da decisão do Estado Parte de removê-lo para a República do Kiribati, um risco real de prejudicar seu direito à vida nos termos do artigo 6º da Convenção. (Comitê de Direitos Humanos da ONU, 2020, sobre o Comunicado No. 2728/2016, p. 10, tradução nossa)

Nessa perspectiva, o Comitê adotou o entendimento de que sem esforços nacional e internacional, os efeitos da mudança climática podem expor indivíduos à violação dos direitos contidos nos artigos 6º e 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Portanto, comprovadas tais violações, haveria o estabelecimento da obrigação da não devolução (*non-refoulement*), que impede o indivíduo de ser devolvido ao território onde teve seus direitos lesados.

> O comitê é da opinião de que sem esforços nacionais e internacionais robustos, os efeitos da mudança climática nos Estados receptores pode expor os indivíduos a uma violação aos seus direitos contidos nos artigos 6 e 7 da Convenção, desencadeando assim as obrigações de não devolução dos estados remetentes.

---

compromised the supply of fresh water. No island in Kiribati had surface fresh water. As a result of the increase in population, the rate of water extraction from the freshwater lens exceeded the rate of its replenishment through the percolation of rainwater. Waste contamination from Tarawa had contributed to pollution of the freshwater lens, rendering some of the five underground water reserves unfit for the supply of fresh drinking water. Increasingly intense storms occurred, submerging the land in certain places on South Tarawa and rendering it uninhabitable. This often occurred three or four times a month. Rising sea levels caused more regular and frequent breaches of sea walls, which were in any case not high enough to prevent saltwater intrusion over the land during high tides. Household wells in high-density housing areas could not be used as a water supply due to increasing contamination, and rainwater catchment systems were only available in homes constructed of permanent materials. Thus, approximately 60 percent of the population of South Tarawa obtained fresh water exclusively from rationed supplies provided by the public utilities board. Trash washed onto the beach posed health hazards for local landowners. (Comitê de Direitos Humanos da ONU, Distribuído em 07 de jan. de 2020). Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F127%2FD%2F2728%2F2016&Lang=en. Acesso em 20 out. 2020.

> Além disso, dado que o risco de um país inteiro ficar submerso na água é um risco extremo, as condições de vida em tal país podem se tornar incompatíveis com o direito à vida com dignidade antes que o risco se concretize.(Comitê de Direitos Humanos da ONU, 2020, sobre o Comunicado No. 2728/2016, p. 14, tradução nossa)

Observa-se através de diversos pontos que a decisão reconheceu a existência do nexo de causalidade entre a migração por conta das mudanças climáticas e o risco de violação aos direitos humanos. Como apresentado no capítulo anterior, o panorama ambiental migratório indica que, se medidas de proteção e acolhimento não forem adotadas, casos como este se tornarão cada vez mais comuns nas Cortes Internacionais. O julgamento de Ioane Teitiota é de extrema relevância ao Direito Internacional, exterioriza a atual situação de milhões de pessoas que vivem em locais vulneráveis a fenômenos climáticos, com condições precárias de vida e sem possibilidade de reassentamento.

3. O VAZIO LEGISLATIVO E A CRIAÇÃO DA CATEGORIA DOS REFUGIADOS CLIMÁTICOS

Atualmente os refugiados climáticos não são reconhecidos como uma categoria legítima da proteção dos direitos consagrados na Convenção de Genebra de 1951. Não existe legislação internacional que possa subsidiar os pedidos de refúgio daqueles que migram por fatores ambientais. Além disso, nota-se bastante objeção no meio político internacional a possibilidade de ampliação da abrangência do Estatuto dos Refugiados existente para incluir uma nova categoria de migrantes (GONÇALVES, 2017).

Ao analisar o Estatuto dos Refugiados (Assembléia Geral das Nações Unidas, 1951), logo em seu Art. 1º, incisos I, II e III, percebe-se que não há menção às pessoas que migram por fatores climáticos. Em decorrência disso, alegam os países receptores, que os refugiados climáticos não são vítimas de perseguição, visto que ainda possuem maneiras de recorrer ao seu próprio governo para adoção de medidas que protejam os afetados.

Para que seja aplicado o instituto de refúgio, é necessário demonstrar perseguição por motivos de raça, religioso, de nacionalidade, opinião política ou por membro de um grupo social em particular para requerer o status de refugiado. Como exemplificado por Dina Ionesco (Chefe da Divisão de Migração, meio ambiente e mudanças climáticas da Organização Internacional para as Migrações da ONU) em entrevista para a Euronews: “você não pode demonstrar perseguição por mudança climática”(GONÇALVES, 2017).

Aparentemente o problema é técnico. Os refugiados climáticos não são cobertos pelo Estatuto dos Refugiados. Isso acontece porque o causador do dano não é alguém que persegue ou atenta diretamente contra os direitos humanos, a dificuldade reside justamente em relacionar o evento climático à ação humana.

Contudo, nota-se que em virtude da decisão do Comitê de Direito Humanos da ONU, envolvendo o caso de Ioane Teitiota, houve um progresso substancial sobre as discussões do tema no Direito Internacional, deu-se luz a uma nova categoria de refugiados antes apagada, representando hoje o primeiro precedente jurídico internacional envolvendo um pedido de refúgio por razões climáticas.

Conforme destacado por Filippo Grandi, Comissário das Nações Unidas para os refugiados (GONZALEZ, 2020), a decisão afirma que se o deslocado está sob iminente ameaça de vida em razão de uma emergência climática e atravessa fronteiras para outro

país, o indivíduo não deve ser enviado de volta para seu país de origem, pois isso representaria um risco à sua vida, assim como em situações de guerra e perseguição.

Tendo em vista a inexistência de um instrumento jurídico internacional para proteção dos refugiados, e considerando que o impacto das mudanças climáticas, dos eventos climáticos extremos e das catástrofes ambientais atingem um número cada vez maior de pessoas, forçando-os a deixar seu país de origem, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos - ACNUR, adotou algumas recomendações para os Estados (Alto Comissaridado das Nações Unides para Direitos Humanos, 2009, HRC/10/61), são elas: os Estados devem reconhecer que a migração é parte da solução aos desafios ambientais globais, e que políticas migratórias planejadas e facilitadas são mecanismos legítimos de enfrentamento que podem tirar indivíduos, grupos e comunidades de situações de vulnerabilidade.

Além disso, os Estados devem reconhecer que a soberania territorial não deve ser um obstáculo permanente à migração quando foi determinado que a migração internacional é um mecanismo apropriado de enfrentamento. Os Estados deveriam conceber e implementar políticas migratórias e estratégias regionais para facilitar migrações internacionais induzidas por mudanças climáticas, quando necessário, incluindo por meio de negociação e implementação de tratados regionais sobre migração. Tais políticas e estratégias devem respeitar as normas regionais e internacionais de direitos humanos, incluindo garantias apropriadas em matéria de direitos humanos para todos os migrantes, a participação política das populações vulneráveis envolvidas em todas as decisões relativas à sua migração, assim como meios de reparação e proteção contra violações de direitos humanos.

Mesmo com as recomendações contidas na decisão, a principal justificativa ainda utilizada pelos países que rejeitam a entrada dos refugiados climáticos em seu território, é a de que os mesmos não se enquadram nos termos da Convenção de Genebra de 1951. Como exemplo dessa situação, temos a Alemanha, que através de comissão criada pelo Governo Federal, comunicou em 12 de fevereiro de 2020 (DEUTSCHER BUNDESTAG, BIALLAS, 2020), um mês após a decisão do Comitê, que não reconhecerá pedidos de asilo que tenham como embasamento o refúgio climático.

Por outro lado, o caso pioneiro de Ioane Teitiota contra a Nova Zelândia diante do Comitê de Direitos Humanos da ONU, onde reconheceu-se a existência dos refugiados climáticos, têm surtido efeitos no plano geopolítico internacional.

A Primeira Ministra Neozelandesa Jacinda Ardern, já sinalizou que o governo do país irá iniciar discussões com as nações do pacífico, e que seu governo pretende criar um visto especial para os residentes das ilhas da região, com o objetivo de acolhimento daqueles que forem obrigados a deixar seu país de origem em razão de desastres relacionados ao clima (PEARLMAN, 2017).

Muito embora sejam significativos os recentes avanços do Direito Internacional quanto ao reconhecimento da categoria dos refugiados climáticos, bem como da relação entre este fenômeno migratório com a violação dos Direitos Humanos. Conforme demonstrado na decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU, ainda há muito a ser construído para que se possa dar proteção plena aos Direito Humanos dos Refugiados Climáticos.

5. A AUSÊNCIA DE NORMA JURÍDICA ESPECÍFICA PARA OS REFUGIADOS CLIMÁTICOS

A Convenção de Genebra de 1951 foi um marco histórico e significativo no Direito Internacional, como instrumento essencial à garantia dos Direitos Humanos dos refugiados. Nesse sentido, tendo em vista a defesa dos direitos destes, eventual possibilidade de discussão sobre alteração no Estatuto dos Refugiados, para abranger uma nova categoria, poderia ser utilizada pelos países parte para enfraquecer as proteções que já existem.

Embora o panorama atual indique que ações imediatas devem ser tomadas para a proteção dos refugiados climáticos, há entendimentos de que a Convenção de Genebra de 1951 não deveria ser modificada para acomodar essa nova categoria de refugiados, conforme avalia Janaine Peixer (PEIXER, 2011, p. 23 a 31). Os defensores dessa tese, argumentam que, se o tratado fosse reaberto à negociação, políticos de vários países tentariam enfraquecer as proteções já existentes (SENGUPTA, 2017), este também é o entendimento da Organização Internacional para as Migrações (OIM), conforme aponta Marta Martinez (MARTINEZ, 2020).

Diante da inviabilidade de novas discussões sobre o Estatuto dos Refugiados, podemos perceber que o problema se encontra na inexistência de tratado ou convenção internacional específica que verse sobre a categoria dos refugiados climáticos. Conforme demonstrado, esse vazio legislativo pode implicar em violações aos pactos de direitos humanos consagrados no plano internacional.

Apesar do recente reconhecimento pela ONU, de que as mudanças climáticas interferem diretamente na migração internacional, ainda não há uma base legal para que o refugiado tenha seu pedido de asilo aceito e seus direitos humanos garantidos. Os instrumentos internacionais existentes, não se mostram aptos a solucionar os problemas que são vivenciados pelas populações que vivem em locais vulneráveis à ação climática, o que representa um vazio de proteção aos indivíduos que abandonam o seu território por fatos ambientais (LUCA, 2018).

Durante a Conferência das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas de 2015 (COP21), onde foi adotado o Acordo de Paris, criou-se uma força tarefa sobre deslocamento que desenvolveu recomendações de abordagem para minimizar e conter os deslocamentos relacionados às consequências da mudança climática. Apesar das recomendações, o Acordo de Paris não obriga os países a abordar legalmente os direitos dos refugiados climáticos, assim, de acordo com Debesh Bhowmik (BHOWMIKM, 2020), esse vazio de proteção poderia ser superado se houvesse um instrumento jurídico específico para essa categoria.

Muito embora a questão da mudança climática tenha, notadamente, ganhado destaque no cenário jurídico internacional, refletindo em importantes avanços na implementação de medidas para mitigação e contenção dos danos ao meio ambiente, a discussão ainda não se desenvolveu na forma de ações positivas, que busquem a criação de instrumentos jurídicos específicos que visem resguardar os refugiados climáticos.

A recente eleição do presidente americano Joe Biden, aparentemente demonstra que há interesse político em colocar novamente os assuntos climáticos como prioridade internacional (LABORDE, 2021). Além disso, ações positivas implementadas pelos países, como anunciou o governo da Nova Zelândia, após a recente decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU sobre o reconhecimento da categoria dos refugiados climáticos, sugerem que a comunidade internacional deve aproveitar do cenário político

para propor políticas que compreendam todas as vítimas de migração involuntária por fatores ambientais.

Importante destacar a importância que os governos nacionais possuem na criação de políticas migratórias de proteção, tais medidas podem ser implementadas mais rapidamente, além disso, levarão em consideração as peculiaridades da relação migratória entre os dois Estados. No caso em questão, em razão da proximidade geográfica com a Nova Zelândia, este pareceu ser o caminho mais próximo para a migração. Conforme destaca Janaína Peixer (PEIXEIR, 2011), os acordos bilaterais se apresentam como ferramentas eficazes, uma alternativa viável para garantir a proteção dos refugiados climáticos. No entanto, há de se ponderar que se trata de compromisso facultativo, totalmente dependente da vontade entre os países, o que nem sempre poderá resultar em benefício ao refugiado.

Outro exemplo de ação regional, com foco nas características que envolvem o contexto migratório de determinado território, é a Convenção de Kampala, em vigor desde 2012 (Convenção da União Africana sobre a Proteção e Assistência às Pessoas Deslocadas Internamente na África, 2009) . A Convenção foi criada para garantir proteção e assistência aos deslocados na África, sendo o primeiro instrumento juridicamente vinculativo do mundo a impor obrigações aos estados para proteção dos povos deslocados internamente. O texto legal teve como base os Princípios Orientadores sobre Deslocamento Interno das Nações Unidas, de 1988, que mesmo sendo direcionados aos deslocamentos internos, ou seja, em um mesmo território, o documento possui uma série de padrões legais que poderiam ser aplicados para proteção dos refugiados climáticos. Joanna Apap, em relatório do Parlamento Europeu (APAP, 2020), inclusive menciona que foi sugerido ao Conselho da Europa que tais princípios poderiam servir como uma estrutura orientadora global para proteção dos que atravessam fronteiras internacionais por conta das mudanças climáticas e dos desastres naturais.

Ainda que o panorama migratório seja desafiador, há de se reconhecer que, mesmo a passos lentos, a discussão sobre a proteção dos refugiados climáticos está avançando no cenário internacional. A decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU (Visões adotadas pelo Comitê com base no artigo 5 (4) do Protocolo Opcional, sobre a Comunicação N. 2728/2016), que reconheceu a condição de refugiado climático, abre o caminho para a possibilidade de criação de uma nova Convenção Internacional, que elabore um Tratado Internacional desenhado para preencher o vazio legislativo que existe sobre o tema, garantindo que sejam cumpridos os direitos humanos das partes envolvidas no processo de migração.

Em uma análise à questão dos refugiados climáticos, Priscila de Luca (LUCA, 2018), defende que eventual tratado internacional deve ampliar a aplicação do instituto jurídico do refúgio, para estabelecer a nova categoria dos refugiados climáticos. Destaca ainda que a norma criaria os princípios norteadores da proteção dos deslocados, seus critérios a extensão de interpretação, assim como os direitos decorrentes dessa condição e as medidas a serem aplicadas pelos Estados.

Conforme se observa, os principais instrumentos internacionais existentes sobre os refugiados climáticos, com exceção à Convenção de Kampala, tratam de disposições meramente recomendativas, são princípios norteadores que não implicam em obrigações aos Estados. A inexistência de norma vinculativa, como por exemplo um Tratado Internacional, gera uma ausência de responsabilidade dos países receptores. Dessa maneira, supõem-se que a criação de uma norma específica se faz de fundamental importância para efetiva proteção aos refugiados climáticos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estatuto dos Refugiados tem servido até então como instrumento jurídico internacional basilar para proteção dos indivíduos que, na condição de perseguidos, migram buscando escapar de situações em que há violação aos Direitos Humanos em seu país de origem. Acontece que os impactos dos fenômenos climáticos extremos, agravados pela mudança climática, estão afetando diretamente os meios de subsistência de diversas populações em regiões vulneráveis, que são forçadas a deixarem suas casas em busca de sobrevivência, influenciando diretamente na migração internacional de milhões de pessoas.

Contudo, em razão da dificuldade em se relacionar um evento climático extremo ou a mudança climática a uma ação de um Estado específico, colocando-o na condição de perseguidor ou agressor, há extrema dificuldade técnica e teórica de enquadramento do refugiado climático nos termos estabelecidos durante Convenção de Genebra de 1951. Em razão disso, constatamos que o vazio legislativo na ordem jurídica internacional, quanto à proteção dos refugiados climáticos, representa fator de risco aos direitos humanos daqueles que se deslocam por fatores ambientais.

A maior evidência da ocorrência dessa situação é exposta na decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU, sobre o caso envolvendo Ioane Teitiota contra a Nova Zelândia. O autor do pedido provou que os danos causados devido ao aumento do nível do mar, agravado pela mudança climática, tornaram inviáveis a sua permanência e de sua família no Kiribati, de modo que sua deportação poderia implicar em violação ao direito à vida com dignidade, conforme Art. 6 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Através do precedente, pioneiro no Direito Internacional, podemos constatar o surgimento de disposições jurídicas que buscam proteger os refugiados climáticos, sendo como a principal delas, a obrigação de não devolução. De acordo com o julgamento, mesmo que não seja possível relacionar a figura de um perseguidor ao refugiado climático, verificamos que poderá ocorrer o reconhecimento da obrigação do país em não devolver o imigrante, desde que seja constatado que o indivíduo está sujeito a condições precárias de vida em razão dos fenômenos climáticos extremos, e que por isso corre risco se for devolvido ao seu território de origem.

Muito embora a decisão represente um grande passo na busca pela proteção dos refugiados, notamos que a comunidade internacional ainda carece de uma norma vinculativa que obrigue o acolhimento das vítimas pelos Estados, possibilitando o acesso dos migrantes a benefícios semelhantes aos concedidos aos refugiados. O caráter não universal da decisão, restrito às partes, impede que as preciosas deliberações realizadas pelo Comitê se materializem em ações globais concretas no processo migratório.

Sendo assim, conclui-se que os instrumentos internacionais atualmente, não são capazes de abranger as vítimas da crise migratória climática. Entretanto, os Estados, individualmente, podem elaborar medidas alternativas que se adéquem a contextos migratórios específicos, através da concessão de vistos especiais, ou também a implementação de tratados regionais e acordos bilaterais entre países que possuem forte relação migratória determinada por fatores ambientais.

Ante o exposto, a criação de um instrumento jurídico internacional vinculativo se mostra urgente ante ao panorama migratório climático. As mudanças da sociedade e do planeta, exigem uma ação conjunta entre as organizações internacionais, Estados e a comunidade jurídica internacional, para que seja implementada uma Convenção

Internacional que garanta o cumprimento efetivo dos direitos humanos dos refugiados climáticos.

REFERÊNCIAS

Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos. Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the relationship between climate change and human rights. A/HRC/10/61, 15 de janeiro de 2009.

APAP, Joanna. The concept of “climate refugee”: towards a possible definition. EPRS - European Parliamentary Research Service. **European Parliament**, 2019.

AR5 Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Cambridge University Press, 2014. Disponível em: https://www.ipcc.ch/report/ar5/wg2/

BARROS, Miguel Daladier. **O drama dos refugiados ambientais no mundo globalizado.** Brasília: Consulex, 2011.

DEBESH, Bhowmik. (2020), “Problems of Refugee and the Climate Change”, Das, S.K. and Chowdhary, N. (Ed.) **Refugee Crises and Third-World Economies**, Emerald Publishing Limited, pp. 45-72.

GODOY, Gabriel Gualano (Orgs.). **Refúgio no Brasil:** Comentários à Lei 9.474/97, São Paulo: Quartier Latin/ACNUR, 2017.

GONÇALVES, Luiz Roberto Mendes (trad.) Refugiados Climáticos não têm onde buscar asilo - Legislação internacional não protege os que fogem por razões ambientais. **El País**, em 22 de fevereiro de 2017. Disponível em: https://www.ufjf.br/ladem/2017/02/22/refugiados-climaticos-nao-tem-onde-buscar-asilo-4/

GONZALEZ, Amélia. ONU reconhece, pela primeira vez, que existem refugiados climáticos. G1, **blog da Amélia Gonzalez** [online]. última atualização em 31/01/2020.

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966.

Keine Anerkennung von Klimaflüchtlingen. Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung/Antwort. DEUTSCHER BUNDESTAG, Parlamentsnachrichten. Verantwortlich: Jörg Biallas (V.i.S.d.P.), 12/02/2020.

LABORDE, Antonia. Biden pretende recuperar a liderança climática para os EUA com um ambicioso plano de redução de emissões. **El País**, Washington. 22 de abril de 2021. Disponível em: https://brasil.elpais.com/internacional/2021-04-22/biden-pretende-recuperar-a-lideranca-climatica-para-os-eua-com-um-ambicioso-plano-de-reducao-de-emissoes.html

LUCA, Priscila de. Análise da Questão dos Refugiados Climáticos. **Dissertação de Mestrado em Direito Político e Econômico**, apresentado à Universidade Presbiteriana Mackenzie (Orientador: Prof. Dr. Daniel Francisco Nagao Menezes), 2018.

MARTINEZ, Marta Rodriguez; MONELLA, Lillo Montalto. Extreme weather exiles: how climate change is turning Europeans into migrants. **Euronews** [online]. última atualização em 17/06/2020.

Migration and the climate crisis: the UN's search for solutions, 2019. Disponível em: https://news.un.org/en/story/2019/07/1043551

MISSIRIAN, Anouch; Schlenker Wolfram. Asylum applications respond to temperature fluctuations: the number of migrants seeking asylum in the European Union will increase as the climate warms. **Revista Science**, Vol 358, Issue 6370, pp. 1610-1614.

PEARLMAN, Jonathan. **The Strait Times.** Publicado em 09 de dez. de 2017. Disponível em: https://www.straitstimes.com/asia/australianz/new-zealand-creates-special-refugee-visa-for-pacific-islanders-affected-by-climate

PEIXER, Janaina Reiberger Benkendorf. O reconhecimento da Categoria de Refugiados Ambientais pela Ordem Jurídica Internacional: possibilidades e desafios - **Revista Meridiano 47**, vol. 12, n. 123, jan-fev. 2011.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado:** incluindo noções de direitos humanos e direitos comunitários. Salvador. 2015

SARJANA, I Gede Eka. "Climate change and human migration: towards more humane interpretation of refugee." **Udayana Journal of Law and Culture 2**, no. 2. 2018.

SENGUPTA, Somini. Climate change is driving people from home. So why don't they count as refugees? **The New York Times** [online]. última atualização em 21/12/2017.

UNHCR, the UN Refugee Agency. 2009 Kampala Convention on IDPs. Disponível em: https://www.unhcr.org/protection/convention/5cd569877/2009-kampala-convention-internally-displaced-persons.html?query=kampala%20convention

United Nations, Human Rights Committee. International Covenant on Civil and Political Rights. Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2728/2016.

POVOS INDÍGENAS E COVID-19 NO BRASIL: UM ESTUDO SOBRE AS RECOMENDAÇÕES AO BRASIL NO MECANISMO DA REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL (RPU) DA ONU

Maria Fernanda de Oliveira[1]
Fernanda Brandão Lapa[2]

Resumo: O presente estudo trata dos direitos dos povos indígenas no contexto da pandemia de Covid-19, sob a análise das recomendações recebidas pelo Brasil e elaboradas na Revisão Periódica Universal (RPU), mecanismo de proteção dos Direitos Humanos criado por Resolução do Conselho de Direitos Humanos da ONU. O tema é de extrema relevância por dar visibilidade à situação dos povos indígenas no Brasil, especialmente no contexto da pandemia de Covid-19. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfica e documental. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo e explicativo. O resultado da pesquisa mostra que o Estado brasileiro é omisso no cumprimento das recomendações elaboradas e aceitas na RPU, criando uma violação sistemática dos direitos dos povos indígenas no país, sobretudo no contexto pandêmico.

Palavras-chave: Povos indígenas, Covid-19, Revisão Periódica Universal (RPU).

Abstract: The present study deals with the rights of indigenous people in the context of the Covid-19 pandemic, under the analysis of the recommendations made in the Universal Periodic Review (UPR), a mechanism for the protection of Human Rights created by the United Nations (UN). The topic is extremely relevant because it gives visibility to the situation of indigenous people in Brazil. The methodology is qualitative, bibliographic and documentary. The method is deductive with a level of descriptive and explanatory depth. The research result shows that the Brazilian State is failing to comply with the recommendations made and accepted in the UPR, creating a systematic violation of the rights of indigenous peoples in the country, especially in the pandemic context.

Keywords: Indigenous people, Covid-19, Universal Periodic Review (UPR).

INTRODUÇÃO

O surgimento da COVID - 19, causada pelo vírus SARS-CoV-2, trouxe preocupações diversas à população brasileira a partir dos registros dos primeiros casos da doença no país em março de 2020, se prolongando até meses depois, decorrentes do despreparo do Estado para lidar com a pandemia, comprovado pela morte de 667 mil pessoas até maio de 2022. Neste contexto, passou a existir uma apreensão maior referente aos povos indígenas brasileiros e como o vírus impactaria o modo de vida destes povos, uma vez que são comprovadamente vulneráveis às doenças respiratórias (SOUZA e SOUZA, 2020).

Assim, diante da omissão do Governo, importantes associações e coletivos iniciaram um trabalho de vigilância e auxílio aos povos indígenas afetados pela pandemia, como é o caso da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil e do Coletivo RPU Brasil. Este último, integrado por diversas associações da sociedade civil, elaborou um Relatório de Meio Período no mecanismo da Revisão Periódica Universal com a finalidade de demonstrar quais as recomendações elaboradas por Estados-parte da ONU e recebidas pelo Brasil, estavam ou não sendo cumpridas pelo Brasil.

1. Estudante da quinta série do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).
2. Doutora em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora adjunta e coordenadora da Clínica de Direitos Humanos da Universidade da Região de Joinville (Univille). Titular da Cátedra UNESCO de Educação para a Cidadania e Direitos Humanos.

À vista disso, também foi elaborado um relatório especificamente sobre o cumprimento das recomendações no contexto da Covid - 19, abordando a questão dos povos indígenas, com dados e informações atualizados. Faz-se mister perceber que é de suma relevância caracterizar a responsabilidade interna e internacional do Estado e demais entes encarregados por garantir o acesso à saúde, terras e educação à estes povos. Desse modo, o mecanismo da Revisão Periódica Universal se mostra uma importante ferramenta de observação e cuidado no que se refere ao respeito aos Direitos Humanos, incluindo os direitos dos povos indígenas, mas que permanece pouco conhecida pela sociedade em geral. Por esse motivo, a escolha de estudar mais a fundo o conteúdo deste relatório é essencial para elucidar as atitudes do Estado brasileiro durante a pandemia.

Segundo Souza e Souza (2020), os povos indígenas são comprovadamente vulneráveis às doenças respiratórias, o que torna ainda mais preocupante o impacto da pandemia de COVID-19 sobre estes povos, especialmente quando não há por parte do Estado uma ação efetiva para evitar a contaminação e proliferação da doença e garantir o acesso básico à saúde. Em se tratando dos povos indígenas brasileiros, que já viviam em situação de constante ataque aos seus direitos, principalmente relacionados às terras, passaram a sofrer de forma mais intensa com as ações negligentes do Estado, representado pelo Governo Federal, no que tange à preservação do direito à saúde, educação, entre outros.

O relatório elaborado pela sociedade civil em 2020 e disponibilizado na plataforma online do Coletivo RPU Brasil abordou o descumprimento, pelo governo brasileiro, das recomendações dispostas por outros Estados-Membro da ONU, pontuando que o governo, além de haver paralisado os processos de demarcação de terras indígenas, tem proposto e apoiado, em plena pandemia, medidas legislativas que incentivam a invasão e o conflito territorial.

Para além da questão de terras, os povos indígenas também sofrem com a discriminação, uma vez que segundo o IDDH (2020), os indígenas são notificados nas estatísticas gerais de COVID - 19 registradas pelo governo como “pardos”, e por consequência não recebem apoio das Casas de Apoio à Saude Indígena (CASAIs), sendo encaminhadas ao Sistema Único de Saúde (SUS), onde constantemente são marginalizados e discriminados.

Desse modo, se verifica que apesar das recomendações elaboradas por outros Estados e direcionadas ao governo brasileiro por meio da Revisão Periódica Universal, pretendendo a garantia e preservação dos direitos dos povos indígenas, a atuação do Governo Federal nesse sentido é insatisfatória, falhando no seu dever de assegurar o bem- estar social destes povos.

Para demonstrar essa situação, no início do artigo será realizada uma explicação acerca do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como foi criado e qual o propósito. Após, se discorrerá sobre os sistemas de proteção do DIDH da Organização das Nações Unidas e o mecanismo da Revisão Periódica Universal (RPU). Por fim, serão abordadas as recomendações emitidas por outros Estados membros para o Brasil com relação aos povos indígenas e o seu (des)cumprimento pelo Governo durante a pandemia de COVID-19 no país.

1. BREVE EXPOSIÇÃO SOBRE O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

De início, é importante conceituar o que é o Direito Internacional dos Direitos Humanos, para então esclarecer a sua história e relevância nos dias atuais. Para Ramos (p. 26, 2019) “O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste no conjunto de normas internacionais que estipula direitos essenciais do ser humano e se beneficia de garantias internacionais institucionalizadas”.

Assim, resta elucidado que esta modalidade de Direitos Humanos tem como alicerce as normas criadas e institucionalizadas em âmbito internacional, ou seja, que não é interno do Estado, de forma a garantir que este mesmo Estado proteja os direitos de todos os seres humanos sob sua jurisdição, sejam eles nacionais ou não.

O surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos ocorreu após o fim da Segunda Guerra Mundial, por meio da Carta de São Francisco, tratado responsável pela criação da Organização das Nações Unidas - ONU, em 1945. No entendimento de RAMOS (2019), antes mesmo de referido marco inicial, houve antecedentes do atual DIDH, sendo a proibição da escravidão e a criação da Organização Internacional do Trabalho - OIT, em 1919, alguns deles.

Porém, algumas características próprias do DIDH não estavam presentes em referidos acontecimentos, o que se mostrou insuficiente para efetivar a criação do DIDH. Por características próprias, de acordo com Ramos (2019, p. 27 -28), entende-se este o ramo da ciência jurídica que:

> 1) trata de direitos de todos, não importando a nacionalidade, credo, opção política, entre outras singularidades; 2) os Estados assumem deveres em prol dos indivíduos, sem a lógica da reciprocidade dos tratados tradicionais; 3) acesso a instâncias internacionais de supervisão e controle das obrigações dos Estados, sendo criado um conjunto de sofisticados processos internacionais de direitos humanos.

A Carta de São Francisco, também chamada de Carta das Nações Unidas, possuía uma forma genérica de expressar o dever dos Estados em garantir os Direitos Humanos, motivo pelo qual foi necessário, três anos mais tarde, criar a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Tal Declaração foi assinada por 50 países e adotada e proclamada pela Resolução 217 A III da ONU, em 10 de dezembro de 1948. Na íntegra da DUDH, estão dispostos os mais variados direitos, tais como a liberdade de associação, o direito à nacionalidade, o direito de não ser submetido à escravidão, dentre outros.

Entretanto, diante da falta de força vinculante da DUDH, com o passar dos anos foram criados novos tratados de direitos humanos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1966. De acordo com Ramos (2019), o objetivo a partir da criação de referidos tratados era oferecer uma ampla proteção internacional ao ser humano, sem haver qualquer receio de tornar repetitiva a disposição dos mesmos direitos, de forma reiterada, em diferentes documentos.

Porém, o fator de consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos foi a Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, em 1993, após o fim da Guerra Fria. Isso porque a Conferência representou um verdadeiro divisor de águas no que tange ao papel dos Direitos Humanos à nível internacional, uma vez que reuniu mais de 170 Estados, além do credenciamento de mais de oitocentas organizações não governamentais como observadoras e reunião de aproximadamente duas mil no “Fórum

das ONG'S". (RAMOS, 2019). Como resultado, houve a elaboração da Declaração e Programa de Ação de Viena, na qual restou consignada a prioridade da comunidade internacional em efetivar a promoção e a proteção dos Direitos Humanos.

No entanto, após décadas de sua proclamação, a DUDH é reconhecida como um documento que não possui força vinculante, mas funciona como espécie de espelho de normas consuetudinárias de proteção aos direitos humanos, conforme decidido pela Corte Internacional de Justiça. Dessa forma ocorreu no Parecer Consultivo referente à Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, adotada em unanimidade pela Assembleia Geral da ONU como Resolução 260, em 1948, no qual a Corte decidiu que os princípios nesta dispostos serviam como princípios gerais de Direito Internacional e vinculavam até mesmo os Estados não contratantes. Já em 1966, a Corte voltou a enfatizar que os princípios de direito humanitário são princípios elementares de humanidade, pelo que todos os Estados devem cumprir essas normas (RAMOS, 2019, p. 29).

Entretanto, como forma de garantir a juridicidade das normas internacionais de Direitos Humanos, é de suma importância que os Estados sejam responsabilizados quando não cumprirem com a proteção de tais direitos, sob pena de tornar ineficaz o conjunto de normas protetivas, não permitindo que alcancem o seu propósito. Nesse sentido, se verificou a necessidade de criação de um mecanismo amplo e competente, capaz de apurar as mais diversas violações de direitos humanos no âmbito internacional. Em conclusão, no entendimento de Piovesan (2006), o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos teve como base a necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos, o que acabou fomentando o processo de internacionalização de tais direitos, atingindo a criação de um sistema normativo de proteção internacional, mas que necessita de instrumentos concretos para garantir a aplicabilidade de tais normas.

1.1. Sistema de proteção dos direitos humanos das Nações Unidas

Como forma de assegurar o cumprimento das normas pertencentes ao sistema de proteção dos direitos humanos no âmbito internacional, a Organização das Nações Unidas criou uma série de mecanismos. Tais mecanismos se dividem em duas áreas, sendo a primeira área convencional, cuja origem advém dos acordos internacionais elaborados sob a égide da ONU, com assinatura dos Estados, e a segunda a área extraconvencional, originada por resoluções da ONU, as quais são editadas a partir da interpretação dos dispositivos da Carta da Organização das Nações Unidas relacionados aos direitos humanos. (RAMOS, 2019, p. 79):

Ainda, referidas áreas possuem classificações internas, sendo que na área convencional existe a divisão não contenciosa - cujo próprio nome explica sua forma de atuação: por meio de técnicas de conciliação e ofícios -, a divisão quase judicial, que consiste na elaboração de petições de Estados e petições de particulares contra Estados, e o sistema judicial ou contencioso, que exige a responsabilização do Estado por meio de processo judicial estabelecido perante a Corte Internacional de Justiça. (RAMOS, 2019, p. 79).

O sistema convencional não contencioso, que utiliza as técnicas de conciliação, é considerado o mais antigo empregado no âmbito da ONU, existindo o apelo à cooperação espontânea (não coercitiva) entre os Estados. Quanto ao sistema extraconvencional, consiste na concentração de procedimentos especiais no âmbito dos órgãos da ONU, sendo "embasados no dever geral de cooperação internacional dos Estados em matéria

de direitos humanos, reconhecido na Carta da Organização das Nações Unidas²". (RAMOS, 2019, p. 79).

1.2. Sistema extraconvencional de proteção dos direitos humanos e seus mecanismos

O sistema extraconvencional de proteção dos direitos humanos tem como base a cooperação internacional dos Estados no que diz respeito ao assunto e possui particularidades que o diferenciam dos demais sistemas, como o convencional, por exemplo. Nas lições de Ramos (2019, p. 116-117):

> Essa proteção diferencia-se das demais justamente por ter sido fundamentada na Carta da ONU e na Declaração Universal de Direitos de 1948. Não há recurso a acordos específicos, pelo contrário, busca-se extrair a proteção aos direitos humanos da interpretação ampla dos objetivos de proteção aos direitos humanos da ONU e do dever de cooperação dos Estados para alcançar tais objetivos. Portanto, a mera participação no seio da ONU é suficiente para que o Estado seja obrigado a abdicar do discurso de apego à soberania nacional e reconhecer como válidos atos internacionais de apreciação da situação interna de direitos humanos. Nesse contexto, desenvolveu-se a apuração de violação de direitos humanos baseada em procedimentos extraconvencionais.

Isto pois a Declaração Universal possui um amplo rol de direitos sem qualquer diferenciação, amplitude e consenso, mas não possui força vinculante em decorrência de ter sido aprovada sob a forma de Resolução da Assembléia Geral da ONU. Assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos funciona como orientação aos Estados, um guia de costume internacional de proteção dos direitos humanos. (RAMOS, 2019, p. 116). O desenvolvimento dos mecanismos extraconvencionais de proteção dos direitos humanos da ONU se divide em várias etapas, com início da primeira etapa em 1967, por meio da aprovação da Resolução n. 1235 do Conselho Econômico e Social. A partir desta Resolução, de acordo com Ramos (2019), a então existente Comissão de Direitos Humanos da ONU passou a receber comunicações individuais acerca de violações de direitos humanos e liberdades fundamentais por parte dos Estados praticantes do colonialismo e do *apartheid*, sendo autorizada pelo Conselho a debater em público tais violações.

No procedimento, "cabia à Comissão de Direitos Humanos a decisão de estabelecer ou não um órgão especial de investigação da pretensa situação de violação sistemática dos direitos humanos." (RAMOS, 2019, p. 121). Na segunda etapa de desenvolvimento, o que ocorreu foi a edição da Resolução n. 1503, em 1970, também pelo Conselho Econômico e Social. Este procedimento, segundo Ramos (2019, p. 126), "não se preocupava com a situação individual para dar uma possível satisfação às vítimas, dentro da sistemática tradicional da responsabilidade internacional do Estado por violações de direitos humanos.".

Na verdade, as petições individuais recebidas pela Comissão de Direitos Humanos tinham como utilidade o início do procedimento, com a caracterização da situação de violação flagrante dos direitos humanos em determinado país ou região. O procedimento era finalizado com recomendações de ações aos Estados. (RAMOS, 2019, p. 121). A terceira etapa, no entendimento de Ramos (2019), se deu pela ampliação da abrangência do procedimento 1235, pois a partir de 1975 passou a investir a situação dos direitos humanos em outro países, não só naqueles em que houvesse prática do colonialismo e apartheid. Houve a criação de órgãos de investigação com foco geográfico.

Poucos anos depois, em 1980, a Comissão de Direitos Humanos adicionou ao procedimento 1235 a criação de grupos de investigação por temas específicos, dando início à quarta etapa de evolução dos mecanismos extraconvencionais. Segundo Ramos (2019, p. 121), “o primeiro foi o Grupo de Trabalho sobre desaparições forçadas ou involuntárias, em 1980, sendo que depois foram estabelecidos vários grupos temáticos”. Estes grupos de investigação, tanto de caráter geográfico quanto temático, eram organizados da seguinte forma: com “relatores especiais, grupos de trabalho, grupos de especialistas independentes e mesmo a própria figura do Secretário-Geral da ONU como relator privilegiado da situação de direitos humanos de determinado país”. (RAMOS, 2019, p. 121).

A quinta etapa de evolução, após 11 anos da última, ocorreu em 1991 e consistiu na responsabilização internacional do Estado violador de direitos de indivíduos específicos. Com o aceite de petições individuais, a Comissão de Direitos Humanos acionava o Estado violador e solicitava reparação a título humanitário. Nas lições de Ramos (2019, p. 122) “é o caso do Grupo de Trabalho sobre a Prisão ou Detenção arbitrária, que chegou a adotar decisões que redundavam em figuras próximas à do habeas corpus internacional”.

No entanto, a partir de 2001, estes procedimentos passaram a ser motivo de avaliações negativas e críticas pelos Estados-membros da ONU, os quais apontavam uma lógica arbitrária na escolha dos países responsabilizados, mascarando interesses geopolíticos, o que resultou em um movimento de defesa de extinção da Comissão e dos procedimentos especiais por parte de diversos Estados, inclusive o Brasil.

Nesse contexto, em 2006, houve a extinção da Comissão de Direitos Humanos da ONU, com a criação do Conselho de Direitos Humanos, por meio da Resolução 60/251 da Assembleia Geral da ONU.

1.3. Criação do Conselho de Direitos Humanos da ONU

A Resolução 60/251 da Assembleia Geral da ONU foi a responsável pela criação do Conselho de Direitos Humanos, em 2006. O objetivo da criação do Conselho era “sepultar os questionamentos referentes à gestão da antiga Comissão e promover as mudanças há tanto requeridas pela comunidade internacional”. (MATIAS, 2014, p. 45).

A Comissão de Direitos Humanos era alvo de críticas por outros países, os quais apontavam o discurso político e seletividade de atuação do órgão. Prova do descontentamento com a Comissão foi a aprovação da Resolução A/RES/60/251, que contou com 170 votos favoráveis, 4 votos contra (EUA, Israel, Ilhas Marshall e Palau) e 3 abstenções (Irã, Belarus e Venezuela). (RAMOS, 2019, p. 119).

O Conselho passou a ser vinculado à Assembleia Geral da ONU e não mais ao Conselho Econômico e Social, como ocorria com a Comissão de Direitos Humanos. Para Ramos (2019, p. 119) “essa mudança foi uma tentativa explícita de uniformizar a apreciação de direitos humanos, uma vez que a Terceira Comissão da Assembleia Geral também se manifestava nessa matéria”.

A composição do Conselho de Direitos Humanos encontra previsão na Resolução 60/251, que estabelece o número de 47 países como membros do órgão. Desses países, 13 são oriundos da África, 13 da Ásia, 6 do Leste Europeu, 8 da América Latina e Caribe e 7 da Europa Ocidental e outros Estados, com o objetivo de alcançar uma distribuição geográfica equitativa. (MATIAS, 2014, p. 47).

A eleição para compor o Conselho ocorre de forma direta e individual, por meio de votação secreta, sendo escolhidos os países pela maioria dos Estados membros da

Assembleia Geral. O mandato, de três anos, ainda prevê a possibilidade de reeleição subsequente para um período igual de tempo. No entendimento de Duran (2006, p. 8), tal disposição veda a existência de Estados permanentes na composição do Conselho.

Segundo Ramos (2019), a Resolução se preocupou com a escolha de membros comprometidos com a proteção de direitos humanos para a composição do Conselho, bem como determinou a submissão dos Estados eleitos ao mecanismo da Revisão Periódica Universal. Além disso, a Resolução criou possibilidade de sanção aos eleitos, por meio da suspensão do mandato de membro pela prática de flagrante e sistemática violação aos direitos humanos, devendo a referida sanção ser votada pela Assembleia Geral e aprovada com maioria de dois terços.

Acerca do funcionamento e reuniões do Conselho, estas ocorrem no mínimo em três sessões ordinárias anuais, com dez semanas ou mais de dedicação às questões de promoção dos direitos humanos. (SCHMIDT *apud MATIAS,* 2014, p. 48).

O Conselho de Direitos Humanos passou por importantes reformas para se diferenciar da antiga Comissão, com foco em oferecer uma solução para as críticas sofridas pelo antigo órgão da ONU. No entendimento de Matias (2014), a maior inovação do Conselho foi a criação do mecanismo de Revisão Periódica Universal, por meio da Resolução A/HRC/5/1, pois proporciona um panorama geral da situação dos direitos humanos na ONU, atendendo aos pedidos de monitoramento com critérios objetivos e universais, sem seletividade.

Assim, passa-se ao estudo deste importante mecanismo de acompanhamento e avaliação do cumprimento das normas internacionais de direitos humanos pelos Estados membros da ONU.

2. REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL (RPU)

Criado em 15 de março de 2006 pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, a Revisão Periódica Universal é o mecanismo periódico e permanente por meio do qual todos os 193 estados membros formulam recomendações uns aos outros, acerca de temáticas relacionadas aos Direitos Humanos, e avaliam o cumprimento de cada uma, com o objetivo principal de melhorar a situação desses direitos em todo o mundo.

As avaliações ocorrem em ciclos de quatro anos e meio e são realizadas por grupos de trabalho formados por pares, ou seja, por outros Estados-membros, conhecidos como *Troikas*, tendo como base as informações fornecidas pelo próprio Estado sob avaliação (SuR), além do conteúdo presente em relatórios desenvolvidos por grupos independentes, instituições nacionais, organizações não governamentais, todos interessados em direitos humanos.

Todos os Estados-membros são submetidos à Revisão, com quarenta e oito estados a cada ano, divididos em três grupos de dezesseis estados, cuja sequência é escolhida de forma aleatória (SEN, 2011, p.07). O grupo de trabalho do Conselho de Direitos Humanos, formado por 47 membros, é convocado para a realização da RPU, que ocorre na sede da ONU, em Genebra, e tem duração de duas semanas. (IDDH, 2018).

Como base principal para a Revisão, são utilizados três documentos, sendo eles:

> a) o relatório oficial, elaborado pelo Estado sob avaliação, com vinte páginas;
> b) o relatório técnico da ONU, consistindo em compilado de informações prestadas por peritos, especialistas, órgãos de direitos humanos e outras entidades da ONU, contendo no máximo dez páginas e elaborado pelo Alto Comissariado para os Direitos Humanos Direitos (ACNUDH); e

> c) o relatório-sombra, organizado e enviado ao ACNUDH e resumido em no máximo dez páginas. (RATHGEBER, 2008, p.2).

Durante essas semanas, ocorre o chamado Diálogo Interativo, no qual o Estado sob revisão faz uma apresentação oral, enquanto os Estados observadores e membros do Conselho de Direitos Humanos promovem um debate, com questionamentos e sugestões, baseado no conteúdo apresentado nos relatórios pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (SEN, 2011, p.07).

Segundo o IDDH (2018), o Diálogo constitui parte crucial da RPU, pois permite o questionamento do Estado sob revisão, tanto sobre o cumprimento das recomendações de ciclos anteriores, quanto sobre temas que ainda não foram abordados, além de possibilitar o reconhecimento de boas práticas e a realização de sugestões.

O critério para participação nas sessões de Revisão é a inserção do nome em uma lista, tanto por parte dos Estados quanto pelos membros do Conselho. São apenas essas as partes autorizadas a participar oralmente do Diálogo Interativo, já que as ONGs e entidades interessadas não têm voz ativa, mas podem se fazer presentes na sessão. (SEN, 2011, p. 07).

O Diálogo Interativo é aberto ao público por meio de transmissões via Internet ou credenciamento pessoal ao Conselho de Direitos Humanos (RATHGEBER, 2008 p.2).

O Estado sob revisão, conhecido como SuR - abreviação para *State Under Review* - conta com o suporte de três Estados-membros, também selecionados de forma aleatória, denominados *Troika*. Ao Estado sob revisão cabe a possibilidade de solicitar que um dos membros da *Troika* seja da mesma região que a sua, bem como rejeitar um dos membros escolhidos. Já os membros da *Troika* podem se recusar a fazer parte de uma *Troika* específica. (RATHGEBER, 2008, p.2).

De acordo com SEN (2011), a *Troika* se reúne com o Estado sob revisão antes e durante a revisão e juntos discutem o processo, de modo que a primeira recebe os questionamentos e comentários formulados por outros Estados, com antecedência de 10 dias do Diálogo Interativo, como forma de preparar o Estado sob revisão para a sessão. A *Troika* ainda fica responsável por discutir opções e respostas para as recomendações propostas ao Estado sob revisão, bem como solicitar ao Grupo de Trabalho que adote o relatório a ser encaminhado à próxima sessão do Conselho de Direitos Humanos, após o Diálogo Interativo. (RATHGEBER, 2008, p.2).

Nessa fase, é permitido que tanto os Estados-membros quanto as ONGs e outras entidades interessadas participem oralmente, numa espécie de novo Diálogo Interativo, com duração máxima de uma hora. Segundo RATHGEBER (2008), a hora é dividida em três períodos de vinte minutos, com a primeira parte reservada ao Estado sob revisão, a segunda parte para os Estados membros e observadores da ONU e por fim, a terceira parte às ONGs e outras entidades de Direitos Humanos.

O Estado sob revisão tem a oportunidade de fazer novas declarações e responder perguntas e deve apresentar um termo aditivo chamado *Addendun.* Nesse termo, é necessário que o Estado, no uso de sua soberania, informe quais recomendações aceita e quais rejeita. (IDDH, 2018, p. 8).

A última etapa da Revisão Periódica Universal consiste no acompanhamento do Estado revisado, uma espécie de supervisão acerca da implementação das recomendações estabelecidas no relatório final. Esse acompanhamento pode inclusive ser realizado pela sociedade civil, por meio de grupos e coletivos. Em resumo, a Revisão Periódica Universal (RPU) é um importante mecanismo de proteção dos Direitos Humanos, com evidente protagonismo estatal.

2.1. Participação da Sociedade Civil na RPU

O funcionamento da RPU envolve a participação da sociedade civil em todas as etapas, seja de modo direto ou indireto, por meio da escrita ou oralmente, como forma de garantir a eficácia do mecanismo. Na primeira fase da RPU, pontuada por RATHGEBER (2008) como etapa documental, a sociedade civil faz parte da elaboração do Relatório Sombra, com o envio de submissões por escrito acerca da real situação dos Direitos Humanos no Estado sob avaliação. Na segunda etapa, que consiste no Diálogo Interativo, a participação oral das ONGs e outras entidades não é permitida, mas é possível acompanhar a sessão via transmissões on-line e divulgar as recomendações. (IDDH, 2018).

A participação mais efusiva ocorre na terceira etapa da RPU, na qual a sociedade civil se manifesta durante a Sessão do Conselho de Direitos Humanos e oferece posições sobre as recomendações, com o objetivo de influenciar a tomada de decisão por parte do Estado revisado. (IDDH, 2018). Por fim, a participação da sociedade civil se estende pelo restante do ciclo da RPU, com o acompanhamento e monitoramento do processo de implementação das recomendações pelo Estado revisado. (IDDH, 2018).

O Brasil participou dos três ciclos da RPU, nos anos de 2008, 2012 e 2017, de modo que a sociedade civil elaborou relatórios e os enviou para o Alto Comissariado para os Direitos Humanos Direitos (ACNUDH) em todos eles.

No 1º ciclo, em 2008, foram elaborados e enviados 22 relatórios da sociedade civil, enquanto no 2º ciclo houve o envio de 47 relatórios. Já em 2017, 3º ciclo da RPU, o número de relatórios elaborados pela sociedade civil aumentou em 5, atingindo a quantia de 53. Segundo o IDDH (2022), o 3º ciclo teve um aumento significativo no número de recomendações feitas ao Estado brasileiro, o que também significou o aumento da participação da sociedade civil. Em todos os relatórios elaborados houve o monitoramento das recomendações aceitas pelo Brasil, com a exposição das lacunas e violações de direitos humanos no país.

Como será visto nos tópicos seguintes, a sociedade civil brasileira possui um coletivo estruturado, responsável por monitorar o cumprimento das recomendações,

auxiliar na implementação, bem como elaborar e articular os relatórios durante os ciclos, chamado Coletivo RPU Brasil. Conforme o IDDH (2022), em 2019 a sociedade civil, através do Coletivo, elaborou o primeiro Relatório de Meio Período – relatório entre o ciclo que passou e o próximo, contendo informações acerca da implementação das recomendações -, no qual houve a avaliação de 163 das 242 recomendações aceitas pelo Brasil no 3º ciclo da RPU.

Já em 2020, devido a pandemia de coronavírus, o Coletivo viu a necessidade de elaborar um novo relatório, intitulado “Relatório da sociedade civil: Revisão Periódica Universal dos Direitos Humanos no Contexto da Covid-19”, com a finalidade de demonstrar o avanço e o início de violações de direitos humanos no momento da pandemia. O 4º ciclo da RPU, previsto para acontecer em 2022, já conta com o envio de 11 relatórios por parte do Coletivo, cada um tratando de uma temática, tais como Povos Indígenas e Meio Ambiente, Crianças e Adolescentes e Trabalho Digno, dentre outros, os quais podem ser encontrados na Plataforma RPU Brasil através do site plataforma.rpu.org.br. O Estado brasileiro tem até 08 de agosto para enviar o seu relatório final, considerando que a previsão para realização da avaliação do Brasil nesse ciclo é de 8 a 18 de novembro, durante a 41ª sessão do Grupo de Trabalho da RPU.

2.1.2. Coletivo RPU Brasil

Criado em 2017, após a passagem do Brasil pelo 3º ciclo, com o intuito de acompanhar a Revisão Periódica Universal e exercer o papel de monitoramento das recomendações cumpridas ou não pelo Estado, o Coletivo RPU Brasil é um grupo composto por 31 organizações e redes da sociedade civil brasileira e possui uma plataforma *online* que permite a avaliação de recomendações, desde que o indivíduo realize um cadastro com dados verídicos, completos e atualizados e envie a avaliação preenchida com informações verdadeiras.

Os curadores da plataforma são responsáveis pela moderação da avaliação enviada e se ela de fato possui conexão com a realidade. A participação das organizações pode ocorrer de duas formas, sendo uma delas o envio de carta-convite pelo próprio Coletivo, interessado no ingresso da organização, ou a entidade pode enviar uma carta de intenção ao e-mail do Coletivo solicitando o ingresso. Alguma das organizações e entidades que fazem parte do Coletivo são nacionalmente conhecidas, tais como a Articulação dos Povos Indígenas Brasileiros (APIB), o Conselho Missionário Indigenista (CIMI), Instituto de Pesquisa e Formação Indígnea (IEPÉ), dentre outras.

O Coletivo RPU Brasil é coordenado pelo Instituto de Desenvolvimento e Direitos Humanos - IDDH e é o responsável pela elaboração do Relatório da Sociedade Civil: Revisão Periódica Universal dos Direitos Humanos no Contexto da COVID-19, objeto de análise deste artigo, que foi desenvolvido pelas entidades do Coletivo para atualizar o relatório de meio período do 3º ciclo que havia sido elaborado em 2019.

2.2. Participação do Brasil na RPU

O Estado Brasileiro participou dos três ciclos da Revisão Periódica Universal, sendo eles em 2008, 2012 e 2017. Como foi um dos pioneiros na proposição de um novo mecanismo de exame da situação de direitos humanos da ONU, foi submetido à avaliação já no primeiro ciclo, em 2008. Neste ciclo, o Brasil recebeu e aceitou 15 recomendações, as quais eram, segundo Ramos (2019, p. 137) “[...] extremamente genéricas, como a da Bélgica (que recomendou que o Brasil continuasse os esforços para reduzir a pobreza...)”.

Apesar das recomendações superficiais e baseadas em generalidades, houve por parte do Brasil a iniciativa de se comprometer com a criação de um sistema nacional, incluindo relatórios anuais, que indicassem a situação de direitos humanos no país. (RAMOS, 2019, p. 136). O segundo ciclo da RPU, que ocorreu em 2012, também teve a submissão do Brasil à avaliação. Desta vez, o país recebeu 170 recomendações, acatou de forma integral 159 delas, acatou parcialmente 10 e rejeitou uma.

Segundo o IDDH (2018, p. 10), as recomendações versavam sobre violência policial e sistema prisional, sistema de justiça e estado de direito, mulheres, crianças e adolescentes, povos indígenas e meio ambiente, direitos sociais e econômicos, migrantes e refugiados. A única recomendação rejeitada pelo Brasil no 2º ciclo da RPU foi elaborada pela Dinamarca e sugeria a unificação das polícias civil e militar, com a desmilitarização do policiamento ostensivo. Passados 4 anos do 1º ciclo, se observou maior interesse por parte dos Estados na elaboração de recomendações, considerando o aumento de 15 recomendações para 170.

Neste ciclo, o Brasil recebeu 246 recomendações, “cujos principais temas foram:

> (i) povos indígenas, meio ambiente e gênero, (ii) violência policial, sistema prisional, estado de direito, e (iii) direitos sociais e econômicos, com especial ênfase na educação e luta contra a pobreza.” (IDDH, 2018, p. 10).

O ciclo contou com intensa participação de entidades da sociedade civil brasileira, as quais enviaram os relatórios-sombra ao Conselho de Direitos Humanos da ONU, indicando quais direitos haviam sido violados e oferecendo uma espécie de monitoria acerca das recomendações aceitas pelo Brasil no 2º ciclo.

Das 246 recomendações feitas, o Brasil aceitou integralmente 242 e rejeitou 4, sendo uma delas elaborada por Santa - Fé, “com potencial discriminatório [...] que sugeriu que o Brasil continuasse a proteger a “família natural e o casamento, formado pelo marido e esposa”.

De acordo com o IDDH (2018, p. 10), houve um aumento considerável das recomendações feitas ao Brasil ao longo dos anos, uma vez que os Estados-membros ainda estão aprendendo a utilizar o mecanismo, tendo em vista a sua criação recente (2006).

Este aumento, bem como o conteúdo das recomendações e especificidade do direito a ser respeitado ou da conduta a ser tomada é essencial para que a implementação por parte do Estado avaliado e o monitoramento pelos órgãos participantes da RPU ocorra de maneira efetiva. (IDDH, 2018, p. 11).

3. RECOMENDAÇÕES DA REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL RELACIONADAS À PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS

O monitoramento das recomendações aceitas pelo Estado configura parte fundamental do mecanismo da Revisão Periódica Universal, uma vez que permite a fiscalização da situação dos direitos humanos no país com base naquilo que foi recomendado.

De acordo com o IDDH (2018), no 3º ciclo da RPU o Brasil recebeu 246 recomendações e aceitou integralmente 242, sendo que na avaliação do Relatório de Meio Período, elaborado pelo Coletivo RPU Brasil, foram consideradas 163 recomendações, das quais 142 foram descumpridas, 20 parcialmente cumpridas e apenas 1 foi cumprida totalmente. Dessas recomendações, 33 versavam sobre povos indígenas e meio ambiente e todas possuíam o *status* de descumpridas.

No ano de 2020, em decorrência da pandemia de coronavírus, o Coletivo RPU Brasil desenvolveu um novo relatório, intitulado “Relatório da sociedade civil: Revisão Periódica Universal dos Direitos Humanos no Contexto da Covid-19”, no qual houve a avaliação de 190 recomendações aceitas pelo Estado Brasileiro. Mais uma vez, 142 das recomendações foram consideradas descumpridas, o que significa um percentual maior do que 50%.

Além disso, segundo o IDDH (2020), 64 das recomendações se encontravam em situação de retrocesso, ou seja, não apenas o Brasil deixou de cumprir as recomendações durante a crise sanitária causada pela pandemia de covid-19, como decaiu na proteção dos direitos humanos nesse período. No relatório de 2020, foram analisadas 25 recomendações direcionadas à proteção dos povos indígenas e meio ambiente, sendo que todas foram consideradas descumpridas e 11 delas obtiveram o *status* de retrocesso.

Conforme o IDDH (2020), as recomendações 35, 36, 224, 225, 228, 242 e 243, feitas pelo Uzbequistão, Uganda, Filipinas, México, Togo, Moldávia e Santa Fé, respectivamente, e que tratavam sobre medidas para prevenir e punir o racismo, a discriminação e violência contra os povos indígenas estavam sendo descumpridas. Isso porque o Estado Brasileiro, por meio do Governo Federal, paralisou totalmente os

processos de demarcação de terras indígenas, além de propor e apoiar medidas legislativas de invasão de garimpeiros e mineração em territórios indígenas e incentivar o confronto territorial, representando dupla ameaça aos povos indígenas, considerando a entrada descontrolada de pessoas no território, aumentando o risco de contaminação por Covid-19. Essa situação conferiu a condição de retrocesso à recomendação 228.

Acerca da saúde indígena, mortalidade infantil, alimentação e saneamento nas aldeias, as recomendações 222 (feita por Bangladesh), 235 (feita por Cingapura) e 241 (feita pelo Paraguai) também foram consideradas descumpridas, sendo que a recomendação 222 se encontrava em situação de retrocesso.

Segundo o IDDH (2020), em abril de 2020, a Organização dos Estados Americanos (OEA) solicitou aos Estados que protegessem o bem-estar e a saúde dos povos indígenas, tendo em vista a condição de dupla vulnerabilidade desses povos. No entanto, o Estado brasileiro não apresentou uma atuação satisfatória nesse sentido, sendo omisso no dever de proteção. Um relatório elaborado pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL) evidenciou essa omissão com dados, uma vez que a taxa de letalidade entre os povos indígenas, em junho de 2020, era de 9,6%, enquanto a média entre a população brasileira era de 5,6%.

Em outra pesquisa realizada pela Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (COIAB), em conjunto com o Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia (IPAM Amazônia), foi divulgada nota técnica em junho de 2020 contendo os seguintes dados: a taxa de mortalidade entre os povos indígenas era 150% mais alta do que a média brasileira. (IDDH, 2020, p. 16).

Os dados indicando a alta de transmissão e mortalidade nos povos indígenas demonstraram ainda a subnotificação de casos de covid-19 em indígenas por parte do Governo, o que ensejou a criação de uma plataforma digital pela Associação dos Povos Indígenas Brasileiros (APIB), chamada Emergência Indígena, para contabilizar os casos e "[...] denunciar a negligência do Estado brasileiro diante do grave cenário e articular uma rede de mobilização internacional para apoiar medidas emergenciais de enfrentamento." (IDDH, 2020, p. 14).

A subnotificação dos casos por parte do Governo brasileiro tinha como motivo a contabilização apenas dos indígenas infectados e mortos em terras homologadas. Desse modo, os indígenas que viviam em terras não homologadas não eram contabilizados, bem como os indígenas que viviam em áreas urbanas eram notificados como "pardas", perdendo a possibilidade de atendimento por parte das Casas de Apoio à Saúde Indígena (CASAIs), "[...] sendo encaminhadas para o Sistema Público de Saúde (SUS), onde, invariavelmente sofrem discriminação[26]". (IDDH, 2020, p. 14).

Acerca da forma de infecção de Covid-19 pelos povos indígenas, de acordo com o IDDH (2020), a APIB indica que a entrada de equipes do Exército e da Saúde infectadas com o vírus nos territórios indígenas era o principal agente transmissor da doença. Além disso, os direitos dos povos indígenas eram desrespeitados mesmo após a morte, tendo em vista o registro de casos em que os sepultamentos de indígenas ocorreram sem consulta às famílias e sem seguir as práticas, rituais e crenças tradicionais de cada povo. Em que pese a situação emergencial de crise sanitária vivida no Brasil, até setembro de 2020 o Governo Federal só havia utilizado 39% das verbas disponíveis para combate à pandemia entre os povos indígenas. (IDDH, 2020, p. 17).

A recomendação 55, que versa sobre a política climática e redução do desmatamento na Amazônia, bem como as recomendações 229, 230, 231, 232, 233 e 240 que tratam da ampliação da participação democrática dos povos indígenas nos

processos de tomada de decisões também foram descumpridas, sendo que dentre elas, as recomendações 55 e 230 estavam em retrocesso.

Consoante o relatório do Coletivo RPU (2020), a maior taxa de desmatamento na Amazônia Legal nos últimos 10 anos foi observada em abril de 2020, por meio dos seguintes sistemas de monitoramento: Sistema de Detecção do Desmatamento na Amazônia Legal em Tempo Real (Deter), do Inpe, de competência federal, e o Sistema de Alerta de Desmatamento (SAD), do Imazon. No que diz respeito ao acesso e participação democrática dos povos indígenas em tomadas de decisões que os afetam, houve evidente retrocesso diante das atitudes discriminatórias e violadoras de direitos indígenas tomadas pelo Governo brasileiro. (IDDH, 2020, p. 26).

Ao fim do relatório de 2020, fica evidente que as recomendações aceitas pelo Brasil no 3º ciclo da RPU, em 2017, especialmente no que diz respeito aos povos indígenas e meio ambiente são sistematicamente descumpridas pelo Estado brasileiro, inclusive com retrocessos consideráveis na seara da proteção e promoção dos direitos humanos dos povos indígenas no país. Segundo o relatório do Coletivo RPU Brasil, o Estado brasileiro é ativo na condução de medidas que promovem o racismo institucional e o aumento da violência contra os indígenas, com o estímulo da exploração dos territórios pertencentes aos povos tradicionais.

Quanto ao relatório de 2022, elaborado para envio no 4º ciclo da RPU, o Coletivo RPU Brasil avaliou 242 recomendações sobre diversas temáticas de direitos humanos, constatando o descumprimento de 80% delas, das quais 46% estão em retrocesso. Com relação aos direitos dos povos indígenas, foram analisadas 27 recomendações, as quais foram todas descumpridas, com 16 delas em retrocesso. (IDDH, 2022, p. 9-16).

As recomendações 102, 223, 227, 230, 234, 236, 238 e 239, feitas pela Áustria, Canadá, Maldivas, Alemanha, Noruega, Suíça, Peru, França e Cabo Verde, respectivamente, e que tratam sobre a proteção dos direitos territoriais dos povos indígenas, particularmente dos processos de demarcação de terras se encontram em retrocesso, permanecendo inalterada a situação já informada no relatório de 2020. (IDDH, 2022, p. 24).

As recomendações 229, 231, 232, 233 e 240, que estavam sendo descumpridas de acordo com o relatório de 2020, passaram à situação de descumprimento e retrocesso no relatório de 2020, evidenciando a omissão do Estado brasileiro em promover a ampliação da participação democrática dos povos indígenas nos processos de tomada de decisões que os afetem. (IDDH, 2022, p. 32).

Acerca das recomendações 218, 222, 235 e 241, que tratam sobre a promoção da saúde indígena, mortalidade infantil, alimentação e saneamento nas aldeias, bem como de promoção da educação intercultural, todas foram descumpridas pelo Governo. Segundo o IDDH (2022, p. 21) “o Governo brasileiro segue falhando em seu dever de prover assistência e implementar políticas públicas condizentes para a melhoria das condições de saúde e educação dos povos indígenas.”.

O que houve nos últimos anos foi o enfraquecimento das políticas públicas voltadas para os povos indígenas, incluindo o desmonte de órgãos essenciais para a implementação de tais políticas e diminuição de orçamento e programas do Governo federal. (IDDH, 2022, p. 21).

De acordo com o IDDH (2022, p. 8):

> Fundamentados em evidências materiais através de dados oficiais, coletados e sistematizados por organizações não governamentais, mostram um país que retrocede de maneira grave em direitos legalmente assentados e avança em

> direção à barbárie socioambiental e política, resultado das ações diretas do atual governo federal e de seus aliados em governos subnacionais e no Congresso Nacional.

Nesse sentido, os relatórios elaborados pela sociedade civil brasileira, por meio do Coletivo RPU Brasil, demonstram que há um crítico retrocesso no que diz respeito aos direitos dos povos indígenas e meio ambiente, com constantes ataques discriminatórios e incentivo de condutas violentas contra esses povos, agravado no primeiro semestre de 2020 com o avanço da transmissão da Covid-19 nos territórios indígenas.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa, que surgiu a partir do interesse de analisar com profundidade as questões envolvendo os direitos dos povos indígenas brasileiros durante a pandemia de COVID-19, seu bem-estar social durante este contexto e as atitudes tomadas pelo Estado para garantir e proteger referidos direitos. Como forma de aprofundamento teórico, os relatórios elaborados pelo mecanismo da Revisão Periódica Universal se mostram de suma importância por apresentarem informações e dados concretos acerca da situação dos povos indígenas e também das ações do governo.

A pesquisa qualitativa se adequa aos objetivos do estudo em curso, visto que “parte do entendimento de que existe uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, isto é, um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito que não pode ser traduzido em números” (MATIAS-PEREIRA, 2019, p. 89). Assim, permite que haja uma interpretação dos fenômenos e atribuição de significados, abrindo mão de métodos técnicos e estatísticos, possuindo um conteúdo predominantemente descritivo.

Quanto ao tipo de pesquisa, esta será do tipo bibliográfica, onde serão analisadas as referências a respeito do assunto nos relatórios da Revisão Periódica Universal, livros, internet, dentre outros, seguindo uma linha de desenvolvimento que tenta explicar um problema justamente utilizando o conhecimento disponível já existente em variadas publicações. Este tipo de pesquisa “visa conhecer e analisar as contribuições teóricas fundamentais sobre um tema ou problema, o que faz dela um instrumento indispensável para qualquer tipo de pesquisa” (HENRIQUES e MEDEIROS, 2017, p. 106).

Ainda, a pesquisa será documental, ao acrescentar documentos jurídicos que segundo Lima (2008, p. 56) “pressupõem o exame ou reexame de materiais que ainda não receberam qualquer tratamento analítico, no objetivo de fundamentar interpretações novas ou complementares sobre o que está sendo investigado". Entende-se que os documentos podem ser elucidativos e, da mesma forma, mostrar a complexidade e atualidade das quais o tema se reveste.

Quanto ao método, para Mattar e Ramos (2021), este diferente da metodologia, está mais vinculado à execução da pesquisa, de modo a caracterizar as técnicas e procedimentos utilizados na coleta de dados. Nesse sentido, o método dedutivo parte da suposição de que apenas a razão é capaz de levar ao conhecimento verdadeiro, explicando o conteúdo das premissas, por meio de uma cadeia de raciocínio em ordem descendente.

O texto, portanto, busca uma análise do geral para o particular, até chegar a uma conclusão, construindo então uma lógica entre as variáveis qualitativas de interpretação. Ademais, a pesquisa será explicativa, com o intuito de identificar fatores

que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos, conforme Gil (2002), interpretando os métodos qualitativos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após uma breve exposição acerca do Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua abrangência, incluindo a criação de diferentes sistemas de proteção desses direitos pela Organização das Nações Unidas (ONU), foi possível perceber que o sistema extraconvencional, o qual se baseia no dever de cooperação dos Estados, configura importante ferramenta para apuração da violação de direitos humanos no Brasil e no mundo.

A Revisão Periódica Universal (RPU), integrante do sistema extraconvencional, criada em 2006 pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, cada vez mais se consolida como um importante instrumento de monitoramento da situação dos Direitos Humanos em âmbito internacional. Apesar da criação recente, é visível o crescimento da participação tanto dos Estados quanto da sociedade civil nos ciclos que ocorrem de 4 em 4 anos.

O Brasil, participante dos 3 ciclos da RPU até então, conta com a atuação ativa da sociedade civil por meio do Coletivo RPU, grupo formado por 31 organizações e entidades, que exerce a função de acompanhamento das recomendações cumpridas ou não pelo Estado brasileiro.

O monitoramento do cumprimento ou descumprimento dessas recomendações, relatado em relatórios elaborados pelo próprio coletivo, demonstram o desempenho do país na proteção dos direitos humanos e a conduta governamental frente às recomendações aceitas pelo Brasil.

No que diz respeito ao (des)cumprimento das recomendações referentes aos povos indígenas, especialmente no contexto da pandemia de COVID-19 no país, os relatórios analisados demonstram uma forte omissão do Governo, resultando em retrocessos graves para os direitos dos povos indígenas brasileiros.

Com isso, o objetivo principal deste artigo, consistente na análise do cumprimento das recomendações aceitas pelo Brasil na RPU no que diz respeito aos povos indígenas brasileiros durante a pandemia de Covid-19 foi cumprido, confirmando as hipóteses de que os indígenas no país vivem sob constante violação de seus direitos, especialmente no contexto pandêmico, bem como a falha do Estado no cumprimento das recomendações.

Por fim, recomenda-se que com o avanço de novos ciclos da RPU e elaboração de novos relatórios a respeito dos povos indígenas no Brasil, sejam realizadas novas pesquisas envolvendo o tema, a fim de conferir maior visibilidade à situação dos indígenas no país e, consequentemente, uma atuação positiva do Estado no cumprimento das recomendações para garantia dos direitos dos povos indígenas brasileiros.

REFERÊNCIAS

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL - APIB. **Nossa luta é pela vida. Covid-19 e povos indígenas: o enfrentamento das violências durante a pandemia**. 2020. Disponível em: https://emergenciaindigena.apiboficial.org/files/2020/12/APIB_nossalutaepelavida_v7PT.pdf. Acesso em 29 set. 2021.

DURAN, Carlos Villan. **Luzes e Sombras do Novo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas**. In: SUR Revista Internacional de Direitos Humanos. Ano 3, Nº05, 2006. Disponível em: https://www.scielo.br/j/sur/a/Tsy4J8Cc75F6xHygfp5pC9S/?lang=pt. Acesso em: 08 maio 2022.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2002. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/150/o/Anexo_C1_como_elaborar_projeto_de_pesquisa_-_antonio_carlos_gil.pdf. Acesso em: 26 nov. 2021.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia Científica da Pesquisa Jurídica**, 9. ed. Grupo GEN, 2017. 9788597011760. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011760/. Acesso em: 25 nov. 2021.

INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO E DIREITOS HUMANOS - IDDH. **Relatório da sociedade civil: Revisão Periódica Universal dos Direitos Humanos no Contexto da Covid-19**. 2020. Disponível em: https://plataformarpu.org.br/storage/publications_documents/pf8qPxasVS5ad6V3FRP7zzhqyNaZzJ6RK5Hkts2y.pdf. Acesso em: 28 set. 2021.

INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO E DIREITOS HUMANOS - IDDH. **Relatório de Meio Período Sociedade Civil | 3º ciclo da RPU**. 2019. Disponível em: https://plataformarpu.org.br/storage/publications_documents/EBjg7FaLV2uMZCvhAdSkkMnLRm4mlYk2Gd8wpFPm.pdf. Acesso em: 30 maio 2022.

INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO E DIREITOS HUMANOS - IDDH. **Povos Indígenas e Meio Ambiente.** 2022. Disponível em: https://plataformarpu.org.br/storage/publications_documents/ZvYRO3G1q22zJCKmyYVeYnuZFcJroziLMmxnnWI2.pdf. Acesso em: 28 maio 2022.

INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO E DIREITOS HUMANOS - IDDH. **Sociedade civil e direitos humanos: Guia prático sobre a Revisão Periódica Universal (RPU)**. 2018. Disponível em: https://iddh.org.br/wp- content/uploads/2020/08/E-book-IDDH-05-2018.pdf. Acesso em: 07 maio 2022.

LIMA, Manolita Correa. **Monografia: a engenharia da produção acadêmica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2008. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502088771/pageid/0. Acesso em: 28 set. 2021.

MATTAR, João; RAMOS, Daniela. K. **Metodologia da pesquisa em educação: Abordagens Qualitativas, Quantitativas e Mistas**. Grupo Almedina (Portugal), 2021. 9786586618518. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786586618518/. Acesso em: 25 nov. 2021.

MATIAS, Daniela de Oliveira Lima. **O Relatório Periódico Universal como novo mecanismo de monitoramento internacional: inovações, funcionamento e o desempenho brasileiro nos dois primeiros ciclos**. 2014. Dissertação (Pós-Graduação em Ciências Jurídicas) - Universidade Federal de Paraíba, João Pessoa, 2014. Disponível em: https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/4422/1/arquivototal.pdf. Acesso em: 8 maio 2022.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de Metodologia da Pesquisa Científica**. São Paulo. Grupo GEN, 2016. 9788597008821. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008821/. Acesso em: 26 nov. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva 2006. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/alciborges/alci_breve_intro_direito_intern_dh.pdf. Acesso em: 26 nov. 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. 9788553612567. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612567/. Acesso em: 26 nov. 2021.

RATHGEBER, Theodor. **The HRC Universal Periodic Review: A preliminary assessment.** In: Friedrich Ebert Stiftung (FES) Briefing Paper. 2008. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Universal_Periodic_Review_A_preliminary.pdf. Acesso em: 10 maio 2022.
SEN, Purna. **Universal Periodic Review: Lessons, Hopes and Expectations.** Commonwealth Secretariat. 2011. Disponível em: https://www.thecommonwealth-ilibrary.org/index.php/comsec/catalog/view/137/134/920. Acesso em: 10 maio 2022.

SOUZA, Felipe Cristian Campos; SOUZA, Maria Gabrielle Araújo de. **O Direito de Participação Ativa e a Elaboração de Políticas Públicas de Contenção da Covid-19 nas Populações Indígenas**. Vukápanavo: Revista Terena, p. 184- 200, Mato Grosso do Sul, out./nov. 2020. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/revista_vukapanavo-_covid_19_e_povos_indigenas_.pdf. Acesso em: 28 set. 2021.

A DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE RECEITA BRUTA PARA FINS DE INCIDÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

Thiago Luis Bernardes[1]

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo delinear quais são as interpretações possíveis de serem construídas para o vocábulo “receita”, quando analisado o enunciado para fins de incidência das contribuições sociais, notadamente PIS e COFINS, após acurada análise de suas regras-matrizes de incidência tributária. Será possível avaliar que a Ciência do Direito traz significados conotativos e denotativos ao significante “receita” e qual a implicação destas diferentes interpretações para a melhor aplicação do direito. Também se verificará a aplicação dos princípios constitucionais tributários, especialmente os princípios da legalidade e da capacidade contributiva, para interpretação do conceito de receita, base de cálculo prevista para as contribuições sociais previstas no artigo 195, da Constituição da República, conhecidas como contribuições ao PIS e à COFINS e recolhidas por todas as pessoas jurídicas. E como consectário desta gama de significados ao mesmo significante, será abordado a tendência da jurisprudência, após inúmeras provocações dos contribuintes, para pacificação da controvérsia.

Palavras-chave: Direito tributário. Conceito de receita. Contribuições sociais.

Abstract: The present work aims to outline what are the possible interpretations to be constructed for the “professional” revenue, when analyzed or enunciated for the purpose of incidence of social contributions, notably PIS and COFINS, after an accurate analysis of their tax matrix rules. It will be possible to assess what the Science of Law brings connotative and denotative meanings for significant "revenue" and what the implications of these different interpretations are for a better application of law. They can also verify the application of constitutional tax principles, especially the principles of legality and ability to pay, for the interpretation of the concept of revenue, the estimated calculation basis for social contributions specialized in article 195, of the Constitution of the Republic, to use as contributions to the PIS and COFINS and collected by all legal entities. And as a consortary of this range of meanings to the same signifier, the tendency of jurisprudence, after countless provocations from taxpayers, to pacify the controversy will be addressed.

Keywords: Tax law. Revenue concept. Social contributions.

INTRODUÇÃO

São recorrentes as discussões judiciais envolvendo a definição do conceito de receita bruta para fins de tributação das contribuições sociais PIS e COFINS e é comum que tenhamos decisões divergentes dos órgãos judicantes, dada a ausência de uma definição conotativa na legislação sobre o tema.

Prova disso foram as alterações promovidas nas Leis nº 10.637/02 (PIS não-cumulativo), 10.833/03 (COFINS não cumulativo) e 9.718/98 (PIS/COFINS cumulativos), pela Lei nº 12.973/14, que estabeleceu que os tributos incidentes na operação se enquadram no conceito de receita bruta.

Não dispôs a norma analisada, o que o intérprete deverá considerar no texto, para elaborar o contexto, ou seja, quais elementos deverão estar presentes para que a rubrica seja considerada “receita bruta”.

Cumpre estabelecer que não será objeto do presente trabalho a distinção dos conceitos de receita bruta e faturamento, definições que serão sucintamente explicitadas através do entendimento da jurisprudência e que será tomado como ponto de partida, apenas as contribuições PIS e COFINS recolhidas no regime de não cumulatividade.

1. Advogado – OAB/SC 31.635. Pós Graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). E-mail: thiagoluisbernardes@gmail.com

Ou seja, a legislação mencionada promoveu uma alteração na definição do conceito de receita bruta, de forma denotativa, sem trazer à norma os elementos conotativos desta definição.

É sabido que é o intérprete quem produz a norma, à partir dos enunciados prescritivos do direito positivo. Neste sentido, a integração de unidades normativas, com mínimos deônticos completos, conduz à construção da norma jurídica.

Assim, a importância da existência de conceitos conotativos na legislação (enunciados prescritivos), se justifica como forma de conduzir o intérprete à melhor construção da norma jurídica.

Aliás, Paulo de Barros Carvalho e Aurora Tomazini de Carvalho dizem que os conceitos denotativos clamam por conceitos conotativos.

Como será possível perceber, para o vocábulo “receita bruta”, a legislação traz definições tão somente exemplificativas, fazendo com o que o intérprete tenha que identificar elementos comuns entre estes “exemplos” denotativamente utilizados, para poder criar a norma jurídica.

Ocorre que, não raras as vezes, a construção da norma jurídica envolta na definição de receita bruta, exercida pelos diversos atores da realidade tributária, acaba por serem divergentes, o que redunda na enxurrada de demandas levadas aos tribunais para “pacificação da controvérsia”.

Neste sentido, portanto, ao longo da monografia, será possível responder a questão central se o significante “receita bruta” pode ser denotativamente definido, acarretando nos problemas da linguagem denominados “ambiguidade” e “vagueza”, ou se demanda uma definição conotativa, para fins de incidência das contribuições PIS e COFINS.

O presente trabalho será conduzido através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial e com o objetivo de solucionar o problema apresentado, far-se-á a construção da regra-matriz de incidência tributária das contribuições sociais PIS e COFINS, bem como serão analisados os significantes e significados do vocábulo “receita bruta”, conforme determina a teoria das fontes do direito.

Ao cabo, será possível analisar como o judiciário se posiciona sobre a temática para que possamos concluir pela necessidade da (in)existência de uma definição conotativa e/ou denotativa do vocábulo “receita bruta” para fins de incidência das contribuições PIS e COFINS.

1. DA REGRA-MATRIZ DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PIS E COFINS

Nossa Carta Magna atribui no artigo 149 da Constituição da República à União, exclusivamente, a competência para instituir contribuições sociais e prevê no artigo 195, I, “b”, que a seguridade social será financiada por toda a sociedade mediante recursos provenientes dos entes federativos e das contribuições sociais, dentre outras, incidentes sobre **receita ou o faturamento** da empresa e da entidade a ela equiparada nos termos da lei.

Também estabeleceu a Constituição da República, no parágrafo 12 do mesmo artigo 195:

> § 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do *caput*, **serão não-cumulativas**.(sem grifos no original)

Luís Eduardo Schoueri (2018, p. 220), estabelece que as contribuições sociais têm "*hipóteses tributárias próprias de impostos*" e que "*o que as diferencia daquela espécie tributária é a sua afetação: são elas um instrumento de atuação da União na área social"*.

Ou seja, enquanto os impostos são tributos não afetados, ou seja, seu produto de arrecadação não têm destinação específica, as contribuições trilham outro caminho, onde seu produto arrecadado necessita ser destinado à finalidade para o qual foi instituída, o que no presente caso, é o financiamento da seguridade social.

Exercendo a competência constitucionalmente prevista, a União editou as leis nº 10.637/02 e 10.833/03, criando respectivamente as contribuições PIS e COFINS não cumulativas, que via de regra se aplicam às pessoas jurídicas que tributam o Imposto de Renda pelo regime do lucro real.

Nos referidos enunciados prescritivos, é possível desenvolver a regra-matriz de incidência tributária para ambas as contribuições sociais, dada a coincidência das redações dos enunciados, com exceção dos aspectos quantitativos conforme será possível perceber abaixo.

Antes, contudo, importante tomar nota ao que o insígne doutrinador Paulo de Barros Carvalho (2018, p. 256) esclarece sobre a estrutura lógica da regra-matriz de incidência tributária:

> A norma tributária em sentido estrito, reiteramos, é a que define a incidência fiscal. Sua construção é obra do cientista do Direito e se apresenta, de final, com a compostura própria dos juízos hipotético-condicionais. Haverá uma hipótese, suposto ou antecedente, a que se conjuga um mandamento, uma consequência ou estatuição. A forma associativa é a cópula deôntica, o dever-ser que caracteriza a imputação jurídico-normativa. Assim, para obter-se o vulto abstrato da regra-matriz é mister isolar as proposições em si, como formas de estrutura sintática; suspender o vector semântico da norma para as situações objetivas (tecidas por fatos e por comportamentos do mundo); ao mesmo tempo em que se desconsidera os atos psicológicos de querer e de pensar a norma.
>
> Dentro desse arcabouço, a hipótese trata a previsão de um fato (se alguém industrializar produtos), enquanto a consequência prescreverá a relação jurídica (obrigação tributária) que se vai instaurar, onde e quando acontecer o fato cogitado no suposto (aquele alguém deverá pagar à Fazenda Federal 10% do valor do produto industrializado).
>
> A hipótese alude a um fato e a consequência prescreve os efeitos jurídicos que o acontecimento irá propagar, razão pela qual se fala em descritor e prescritor, o primeiro para designar o antecedente normativo e o segundo para indicar o consequente.
>
> Os modernos cientistas do Direito Tributário têm insistido na circunstância de que, tanto no descritor (hipótese) quanto no prescritor (consequência) existem referências a critérios, aspectos, elementos ou dados indicativos. Na hipótese (descritor), haveremos de encontrar um critério material (comportamento de um pessoa), condicionado no tempo (critério temporal) e no espaço (critério espacial). Já na consequência (prescritor), depararemos com um critério pessoal (sujeito ativo e sujeito passivo) e um critério quantitativo (base de cálculo e alíquota). A conjunção desses dados indicativos nos oferece a possibilidade de exibir, na sua plenitude, o núcleo lógico-estrutural da norma-padrão de incidência tributária.

Verificados os contornos da regra-matriz de incidência tributária, conforme delineados por Paulo de Barros Carvalho, estes critérios mínimos para criar a norma jurídica, é necessário estabelecer que entre proposições (proposição hipótese e proposição consequente) há um conectivo, que Paulo de Barros Carvalho (2018, p. 356)

estabelece como sendo o *dever-ser interproposicional, conectivo deôntico ou operador deôntico.*

> O *dever-ser* que une a hipótese e a consequência, na arquitetura lógica da norma jurídica, recebe o nome de *conectivo deôntico* ou *operador deôntico*, ou ainda *dever-ser interproposicional*, porque vem *entre* a proposição hipótese e a proposição consequente. Sua ação é fulminante e inapelável. Realizando-se o fato previsto no suposto, instaura-se a consequência, de modo automático e infalível (Becker), mesmo que as pessoas cuja conduta foi regulada propositadamente não a observem, em flagrante desrespeito à ordem jurídica e sobre elas não atuem as sanções vigorantes.

Este *dever-ser interproposicional é neutro, não modalizado,* diferente do *dever-ser intraproposicional*, que é modalizado e se triparte nos modais *obrigado, permitido e proibido.*

Na sequência de suas lições, Paulo de Barros Carvalho (2018, 356) assim estabelece:

> Empregamos a expressão *dever-ser interproposicional* porque nas regras de comportamento existe um outro *dever-ser*, embutido no consequente. Referimo-nos àquele que enlaça o sujeito pretensor ao sujeito devedor, no contexto da relação jurídica; àquele vínculo que obriga uma pessoa perante outra, em função de um objeto prestacional. A esse *dever-ser* interno no consequente das normas de comportamento chamamos de *dever-ser intraproposicional*, por estar dentro da proposição tese (ou consequência). Não aparece, ostensivamente, nas regras de estrutura por uma razão muito simples: tais normas jurídicas não se dirigem, diretamente, para a conduta, dispondo acerca da instituição de órgãos, procedimentos e, também, da elaboração, das modificações e da extinção de outras normas do sistema.

Estabelecido o liame que une hipótese e consequência, vamos esmiuçar cada critério no tocante às contribuições PIS e COFINS.

1.1. Do Antecedente - critérios material, espacial e temporal

Como já delineado, o critério **material** é caracterizado como um comportamento de pessoas, físicas ou jurídicas em determinado **espaço e tempo** e, a exemplo dos demais critérios do consequente que serão tratados na sequência, optei por encontrá-lo na Lei nº 10.833/03, que criou a COFINS não cumulativa, mas que possui idêntica redação na Lei nº 10.637/02, que criou o PIS não cumulativo.

Assim, no art. 1º da Lei acima mencionada, é possível identificar que os critérios **material, espacial e temporal** das contribuições PIS e COFINS são **auferir receita bruta, no território nacional, mensalmente.**

A redação do dispositivo legal é clara neste sentido:

> Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

Nestes termos, no mês em que a pessoa jurídica realizar as operações em que se aufira receita bruta, no território nacional, estará identificado o *descritor* (hipótese) da regra-matriz de incidência tributária, que dará ensejo à análise do *prescritor*

(consequente), ou nas palavras já reproduzidas de Paulo de Barros Carvalho (2018), "*o dever-ser que caracteriza a imputação jurídico-normativa*".

1.2. Do Consequente - critérios pessoal e quantitativo

Novamente nos valendo das lições de Paulo de Barros Carvalho (2018), o consequente é o outro lado da moeda em que se prescreve direitos e/ou obrigações às pessoas envolvidas no fato jurídico tributário, este previsto no consequente.

Não por outra razão que além do consequente, dá-se a esse liame o título de *prescritor*, na medida em que estabelece qual vínculo jurídico nasce na relação.

O *dever-ser* portanto, é a configuração da hipótese (H), com a realização da consequência (C), podendo ser identificado na seguinte fórmula:

D (H → C)

No consequente (ou *descritor*) da regra-matriz de incidência tributária encontramos o critério pessoal e o critério quantitativo.

O critério **pessoal** é caracterizado pelas pessoas que integram a relação, sendo o sujeito ativo o titular do direito subjetivo de exigir a prestação pecuniária e o sujeito passivo o titular do dever jurídico de recolher a prestação pecuniária.

Assim, a pessoa jurídica que auferir receita, será titular do dever jurídico de recolher tributo à União, esta titular do direito subjetivo, lições estas extraídas do art. 5º, da Lei nº 10.833/03[2].

Cumpre ressaltar que no enunciado prescritivo em análise não há dispositivo legal que preveja o recolhimento do tributo à União, contudo, sua conclusão se dá pela análise do texto constitucional, ao ter sido realizado o exercício da competência pela União, assim como o da capacidade ativa.

A prestação pecuniária advinda da identificação dos sujeitos da relação estará prevista no último critério informador da regra-matriz de incidência tributária, que é critério **quantitativo**, representado pelo binômio base de cálculo x alíquota.

Paulo de Barros Carvalho (2018) esclarece que a base de cálculo se destina a "*dimensionar a intensidade do comportamento inserto no núcleo do fato jurídico, para que, combinando-se à alíquota, seja determinado o valor da prestação pecuniária*".

Voltando à Lei nº 10.833/03, podemos identificar pelo § 2º, do art. 1º, que a base de cálculo é o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, com as exclusões previstas no consequente § 3º, e a alíquota, disposta no art. 2º, será de 7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento).

Por derradeiro, portanto, sempre que uma pessoa jurídica auferir receita bruta no mês, em território nacional, deverá recolher à União, 7,6% da receita bruta auferida à título de COFINS.

Como dito acima, a única diferença existente na regra-matriz de incidência tributária do PIS não cumulativo é a alíquota, esta prevista no artigo 2º da Lei nº 10.637/02, no importe de 1,65% (um inteiro e sessenta e cinco centésimos por cento).

2. DO SIGNIFICANTE RECEITA – CONCEITOS CONOTATIVO E DENOTATIVO

Tratando da etimologia da palavra, De Plácido e Silva (2006, p. 1159) traz importantes contornos sobre o significante **receita.** Vejamos:

2. Art. 5º O contribuinte da COFINS é a pessoa jurídica que auferir as receitas a que se refere o art. 1º.

> **RECEITA**. Derivado do latim recepta, forma feminina de receptus, de recipere (receber), é, na linguagem correntia e em sentido geral compreendida como toda soma ou quantia recebida.
> A receita, assim, importa num recebimento de dinheiro ou de soma pecuniária.
> Na significação econômica e financeira, jurídica ou contábil, receita resulta sempre de uma entrada de numerário, recebimento de dinheiro ou arrecadação de verbas.
> Mas, na acepção propriamente financeira, exprime especialmente o total de rendas ou o total de rendimentos prefixados ou previstos num orçamento e efetivamente arrecadado.

Tárek Moysés Moussallem (2006, p.04), ao tratar de fontes do direito estabelece que "*o mundo é uma construção de significações"* e que:

> Uma palavra só se explica por outra palavra. Como sabemos o que são fatos jurídicos, fontes do direito, relação jurídica e outros? Só por meio de explicações (linguagem) poderemos atingir o fim a que nos propusermos. O significado, como durante muito tempo se pensou, não é a relação entre o suporte físico e o objeto representado, mas, sim, a relação entre significações – sentidos. O significado de uma palavra já não é a coisa mesma, mas sim, outra palavra.

Assim sendo, podemos entender **significantes** como o enunciado prescritivo, a tinta que escreve no papel o texto lido, sem qualquer sentido isoladamente. No percurso da construção do sentido, modelo utilizado por Paulo de Barros Carvalho para aplicação ao direito tributário, os significantes ocupam lugar no plano S1.

Aurora Tomazini de Carvalho, em sua tese de doutorado apresentada à banca examinadora da PUC/SP, em 2009, dispõe que o plano S1 é o plano dos enunciados sendo:

> Este sistema é o primeiro plano com o qual o intérprete, na busca da construção do sentido legislado, se depara, pois é nele que o direito se materializa.

E continua:

> Tendo em frente um conjunto de símbolos estruturados na forma de frases e estas organizadas na forma de um texto, a atitude cognoscitiva do jurista para com o direito positivo se dá, num primeiro momento, com a leitura. A leis tais enunciados ele passa a interpretá-los mediante um processo de atribuição de valores aos símbolos ali presentes e, assim, vai construindo um conjunto de proposições (significações), que a princípio aparecem isoladamente.

Ao continuar o percurso da construção do sentido, nos deparamos com o plano S2 (plano das proposições) e plano S3 (plano das normas jurídicas), para então chegar ao plano S4 (plano da sistematização), este o momento nos deparamos com o **significado** (MOUSSALLEM, 2006).

Neste sentido, plasmado na lição de Moussallem (2006), "o sujeito é quem cria o objeto por meio da linguagem", ou seja, a partir do suporte físico (significante) o sujeito cognoscente cria o objeto (significado).

Novamente nos valendo das lições de Aurora Tomazzini de Carvalho:

> Como a norma jurídica não existe isoladamente, depois de construída, resta ao intérprete situá-la dentro do seu sistema de significações, passando, então, a estabelecer os vínculos de subordinação e coordenação que ela mantém com as

> outras normas que construiu. Neste momento, ingressa noutro plano: o da sistematização (S4).
> Ao percorrer todas estas etapas, podemos dizer que o intérprete construiu o sentido dos textos jurídicos e compreendeu o conteúdo legislado.

Neste sentido, portanto, RECEITA é, por si só, **significante**, que ao passar pelo percurso gerador de sentido, toma forma e ganha **significado**, este criado pelo sujeito cognoscente.

Paulo de Barros Carvalho (2018) estabelece que *"na maioria das vezes, a leitura de um único artigo será insuficiente para a compreensão da regra jurídica"*. E segue estabelecendo:

> E quando isso acontece o exegeta vê-se na contingência de consultar outros preceitos do mesmo diploma e, até, a sair dele, fazendo incursões pelo sistema.

E a receita bruta, para o tema que se investiga, tem seus significantes na Lei nº 10.833/03, quando se analisa a COFINS e na Lei nº 10.637/02, quando se analisa o PIS, ambos em remissão ao art. 12, do Decreto-lei nº 1.598/77, exatamente como bem elucidou Paulo de Barros Carvalho acima citado.

Referido enunciado prescritivo é assim encontrado no diploma legal:

> Art. 12. A receita bruta compreende:
> I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;
> II - o preço da prestação de serviços em geral;
> III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e
> IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

Conforme será melhor delineado no tópico seguinte, optou o legislador por trazer definições denotativas ao significante "receita bruta", ao invés de uma definição conotativa.

2.1. A fragilidade da aplicação dos conceitos denotativos ao significante "receita bruta" para fins de incidência das contribuições sociais PIS e COFINS

Nos termos do que já tratado anteriormente, a aplicação dos conceitos denotativos clama por conceitos conotativos, na medida em, enquanto aquele se presta a trazer elementos aptos à definição, este de fato enuncia o que seja, o objeto do estudo.

Neste prisma, portanto, "receita bruta" encontra na legislação tributária tão somente conceito denotativo, conforme enunciado prescritivo colacionado no tópico antecedente, sem que se tenha a conotação do que seja "receita bruta".

Vejamos o que estabelece a Lei nº 12.546/11, quando traz o conceito de receita bruta para fins de contribuição previdenciária sobre a receita bruta:

> Art. 7º Até 31 de dezembro de 2020, poderão contribuir sobre o valor da receita bruta, excluídos as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, em substituição às contribuições previstas nos incisos I e III do caput do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991
> (...)
> Art. 9º Para fins do disposto nos arts. 7º e 8º desta Lei:
> I – a receita bruta deve ser considerada sem o ajuste de que trata o inciso VIII do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 ;
> II - exclui-se da base de cálculo das contribuições a receita bruta:
> a) de exportações; e

> b) decorrente de transporte internacional de carga;
> c) reconhecida pela construção, recuperação, reforma, ampliação ou melhoramento da infraestrutura, cuja contrapartida seja ativo intangível representativo de direito de exploração, no caso de contratos de concessão de serviços públicos;

À partir deste contexto é que se verifica uma infinidade de definições aplicadas ao vocábulo “receita bruta” pelo intérpretes atores do espetáculo jurídico-tributário brasileiro.

Assim, ao analisar o quantum devido à título das contribuições PIS e COFINS, a Fazenda Pública interpreta o conceito denotativo e estabelece que o ICMS é receita do contribuinte e, portanto, receita bruta apta a integrar o critério material quantitativo base de cálculo, da regra-matriz de incidência tributária, por entender que tal rubrica (ICMS) é receita decorrente da atividade da pessoa jurídica, ainda que posteriormente repassada ao Fisco Estadual.

O contribuinte, de outra forma, ao realizar o autolançamento, o faz sem incluir o ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, portanto, diz que tal rubrica (ICMS) não é receita bruta, por entender que apenas serve como intermediário da relação entre Fisco Estadual e consumidor final e que tal numerário apenas transita em sua contabilidade.

Ainda que dentro do mesmo sistema de referência e analisando o mesmo enunciado prescritivo, os intérpretes dirão que receita bruta são diferentes, na medida em que analisam sob determinado interesse e fundamentando com base no conceito denotativo trazido na legislação sobre o tema.

Desta forma, fica nítida a fragilidade do conceito denotativo ao significante “receita bruta” para fins de incidência das contribuições sociais PIS e COFINS, devendo ser corroborado o entendimento já trazido anteriormente da Dra. Aurora Tomazini de Carvalho de que os conceitos denotativos clamam por conceito conotativos.

Esta afirmação trazida pela professora Aurora é essencial para entendimento deste tema, posto que a ambiguidade e a vagueza decorrentes da denotação seriam dirimidas com a mera análise do enunciado prescritivo geral e abstrato, portanto, aplicável a todos.

Como já ressaltado, ambiguidade é caracterizada pela existência de dois ou mais significados para o mesmo termo e vagueza é a falta de precisão no significado de um termo.

Tais vícios são verificados, de maneira inequívoca, com maior frequência em conceito denotativos, que ao “explicarem pelo exemplo”, nada explicam ou pouco explicam, razão pela qual demandam, ou clamam como estabelece Aurora Tomazini de Carvalho, de uma definição conotativa, esta, por sua, aquela que define e busca afastar os vícios acima enumerados.

Cumpre estabelecer, antes de mais nada, que a existência de uma definição conotativa para o termo “receita bruta”, objeto do presente trabalho, não teria o condão de encerrar de maneira definitiva as discussões jurídicas que permeiam o tema.

Contudo, é igualmente inequívoco que o campo de imprecisão do termo seria reduzido a tal ponto, que as discussões seriam indubitavelmente menos numerosas no judiciário.

2.2. A interpretação trazida pelas decisões judiciais ao conceito de receita bruta

A definição denotativa de “receita bruta”, experimentada pela legislação brasileira, traz interpretações dúbias dos intérpretes do direito que, não raras vezes, serão dirimidas apenas no Poder Judiciário e, quase sempre no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Isto porque o Superior Tribunal de Justiça já definiu reiteradamente que esta é uma matéria de cunho constitucional. Vejamos, por exemplo, a redação da ementa do Recurso Especial nº 1.825.505/SC, julgado em 16/04/2020, que resume o entendimento do Tribunal:

> TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXCLUSÃO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A RECEITA BRUTA DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. **CONCEITO DE FATURAMENTO E RECEITA BRUTA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. RECURSO ESPECIAL DA EMPRESA NÃO CONHECIDO.

No que toca especificamente sobre o tema em debate, o Supremo Tribunal Federal, em processo de relatoria da Ministra Rosa Weber autuado sob o nº 606.107/RS em repercussão geral, julgado em 22/05/2013, que tratou da incidência das contribuições PIS e COFINS sobre as receitas auferidas com a transferência de créditos de ICMS pelos exportadores, conforme autoriza o art. 25 da Lei Complementar 87/96, assim definiu:

> (...)
> **Pois bem, o conceito constitucional de receita, acolhido pelo art. 195, I, "b", da CF, não se confunde com o conceito contábil.** Isso, aliás, está claramente expresso nas Leis 10.637/2002 (art. 1º) e Lei 10.833/03 (art. 1º), que determinam a incidência da contribuição ao PIS/PASEP e da COFINS não cumulativas sobre o total das receitas, *"independentemente de sua denominação ou classificação contábil*".
> Não há, assim, que buscar equivalência absoluta entre os conceitos contábil e tributário.
> Ainda que contabilmente elaborada para fins de informação ao mercado, gestão e planejamento das empresas possa ser tomada pela lei como ponto de partida para a determinação das bases de cálculo de diversos tributos, de modo algum subordina a tributação. Trata-se, apenas, de um ponto de partida. Basta ver os ajustes (adições, deduções e compensações) determinados pela legislação tributária. **A contabilidade constitui ferramenta utilizada também para fins tributários, mas moldada nesta seara pelos princípios e regras próprios do Direito Tributário.**
> Conforme adverte José Antonio Minatel: "*há equívoco nessa tentativa generalizada de tomar o registro contábil como o elemento definidor da natureza dos eventos registrados. O conteúdo dos fatos revela a natureza pela qual espera-se sejam retratados, não o contrário"*.
> **Quanto ao conteúdo específico do conceito constitucional, a receita bruta pode ser definida como o ingresso financeiro que se integra no patrimônio como condição de elemento novo e positivo, sem reservas ou condições**, na esteira da clássica definição que Aliomar Baleeiro cunhou acerca do conceito de receita pública:
> Receita pública é a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reserva, condições ou correspondências no passivo, vem acrescer o seu vulto, como elemento novo e positivo.
> Ricardo Mariz de Oliveira especifica ser a receita "algo novo, que se incorpora a um determinado patrimônio", constituindo um "dado positivo para a mutação patrimonial".

Conforme é possível perceber, a Ministra Rosa Weber no voto proferido no Recurso Extraordinário acima mencionado, estabeleceu condições para caracterização da receita bruta não previstas no enunciado prescritivo que conceituou denotativamente "receita bruta".

Como visto, estabeleceu que a receita bruta pode ser definida como ingresso financeiro que se integra no patrimônio como condições de elemento novo e positivo, sem reservas ou condições.

Isto se dá, além pelo papel de intérprete do STF, pela ausência de uma definição legal conotativa acerca do vocábulo "receita bruta", o que redunda em disputas judiciais homéricas definidas após de anos de tramitação judicial.

Mais recentemente, o Tema 69 do STF, julgado em 15/03/2017, tomou conta dos noticiários jurídicos ao fixar a tese de que "*O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.*".

Vale ressaltar interessante excerto deste julgado, trazido no voto do Min. Luis Roberto Barroso que bem elucida a problemática ora enfrentada:

> A Constituição de 1988 apresenta previsão expressa das bases de cálculo das contribuições para a seguridade social. Há um longo elenco. E uma dessas bases de cálculo é o faturamento, como está no artigo 195. Diante disso, esta Corte interpretou o conceito de faturamento, num primeiro momento, com base na legislação tributária infraconstitucional.
> Após a Emenda Constitucional nº 20, tornou-se imperativa nova análise do tema, na qual se concluiu que o constituinte pretendeu intencionalmente ampliar as materialidades econômicas tributáveis para fazer incidir as contribuições sobre a totalidade das receitas auferidas pelas empresas.
> Portanto, houve aqui uma evolução legislativa. Primeiro, o Decreto-Lei nº 2.397/87, que trazia um conceito de receita bruta; depois, vem a Lei Complementar nº 70/91, que reproduz essencialmente esse mesmo conceito; depois vem a Lei nº 9.718/98, que amplia o sentido de receita bruta, em sentido divergente àquele que tinha sido esposado pela jurisprudência do Supremo, para entender que ela era constituída não apenas pelas receitas decorrentes da atividade-fim da empresa, mas toda e qualquer receita passava a funcionar como base de cálculo.
> Esse entendimento alargado veio a ser chancelado pela Emenda Constitucional nº 20, mas sendo que o Supremo deixou claro que esse alargamento da base de cálculo não poderia ser constitucionalizado supervenientemente. Portanto, ele poderia viger a partir da Emenda nº 20, mas não se validava o que havia sido praticado para trás.
> Eu não sei se por algum desígnio ou por fatalidade, a verdade é que nem a legislação, nem a emenda tentaram tornar a nossa vida mais fácil. Primeiro, porque a legislação fala em receita bruta; a Constituição falava em faturamento; e vem a Emenda nº 20 e acrescenta: ao lado do faturamento, a receita. Então, você tem receita bruta na legislação, faturamento na Constituição, com o acréscimo da Emenda nº 20, que fala em receita, sendo que, já existindo a controvérsia - porque a controvérsia é anterior à Constituição de 88 - sobre o ICMS integrar ou não a base de cálculo do PIS/Cofins, nenhuma dessas normas resolveu de maneira expressa esse problema, que, de certa forma, atormenta a jurisprudência de longa data. Portanto, a evolução normativa não contribuiu, eu diria, para abreviar o problema nem reduzir a sua intensidade. Esse é o quadro normativo.

Neste sentido, portanto, há diversas interpretações do Poder Judiciário sobre o alcance da definição do conceito de "receita bruta", justamente pela ausência de enunciado prescritivo com definição conotativa, mas sim denotativa.

Com o objetivo de dirimir as dúvidas acerca do correto entendimento do que seja este conceito, a definição do significado de "receita bruta", poderia ser a seguinte, a título de sugestão: Receita bruta é o valor auferido pela pessoa jurídica em decorrência de sua atividade econômica.

A sugestão é de redação simples? Entendo que sim, mas à partir desta definição, poder-se-ia elencar rubricas outras que estariam excluídas de tal conceito de maneira cerrada, taxativa, *numerus clausus*, passando ao contribuinte a certeza do que deverá, ou não, ser oferecido à tributação pelas contribuições sociais PIS e COFINS, em respeito à estrita legalidade tributária.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS APLICÁVEIS À ESPÉCIE

A verificação da problemática envolvendo a ausência de uma definição conotativa para o conceito de receita bruta acaba por fazer que as contribuições sociais PIS e COFINS sejam cobradas, no mais das vezes, em ofensa a, pelo menos, dois princípios tributários: o da estrita legalidade tributária e o da capacidade contributiva.

Antes, contudo, importante diferenciar os princípios enquanto "valor" ou enquanto "limite objetivo".

Paulo de Barros Carvalho (2018) nos dá esta lição:

> Em direito, utiliza-se o termo "princípio" para denotar as regras de que falamos, mas também se emprega a palavra para apontar normas que fixam importantes critérios objetivos, além de ser usada, igualmente, para significar o próprio valor, independentemente da estrutura a que está agregado e, do mesmo modo, o limite objetivo sem a consideração da norma. Assim, nessa breve reflexão semântica, já divisamos quatro usos distintos: a) como norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo; b) como norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos; c) como os valores insertos em regras jurídicas de posição privilegiada, mas considerados independentemente das estruturas normativas; e d) como o limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia, tomado, porém, sem levar em conta a estrutura da norma. Nos dois primeiros, temos "princípio" como "norma", enquanto nos dois últimos, "princípio" como "valor" ou como "critério objetivo".
>
> Entrevemos na consideração do signo "princípio", distinguindo-o como "valor" ou como "limite objetivo", um passo decisivo, de importantes efeitos práticos. Isso porqie, se reconhecermos no enunciado prescritivo a presença de um valor, teremos que ingressar, forçosamente, no campo da Axiologia, para estudá-lo segundo as características próprias das estimativas.
>
> (...)
>
> Quanto aos "limites objetivos", nada disso entre em jogo, ficando muito mais simples a construção do sentido dos enunciados. E na aplicação prática do direito, esses limites saltam aos olhos, sendo de verificação pronta e imediata. Sem pretender antecipar o exame dos princípios jurídico-tributários, queremos apenas referir alguns exemplos, para deixar mais claras as ideias. A diretriz da anterioridade, com toda a força de sua presença na sistemática impositiva brasileira, é um "limite objetivo". Sua comprovação em linguagem competente (a linguagem das provas admitidas em direito) é de uma simplicidade franciscana: basta exibir o documento oficial relativo ao veículo que introduziu normas jurídicas no sistema do direito positivo, com a comprovação do momento em que se tornou de conhecimento público, e poderemos saber, imediatamente, se houve ou não respeito ao princípio da anterioridade. E, por igual, a legalidade. Se o tributo foi introduzido por ato infralegal, o que se prova com facilidade, ficaremos seguros de que o princípio foi violado.
>
> (...)
>
> Agora, se na pragmática da comunicação jurídica é fácil perceber e comprovar os "limites objetivos", outro tanto não se dá com os valores. Experimentemos, por exemplo, lidar com o valor "justiça", com "segurança jurídica", com "igualdade". Não é preciso dizer mais.

Como dito, a tributação pelas contribuições sociais PIS e COFINS sobre “receita bruta”, fundado em definição conotativa, a meu ver, acaba por ofender o princípio da estrita legalidade tributária, este como visto, classificado como “limite objetivo”, bem como ofende o princípio da capacidade contributiva, este classificado como “valor”.

Ambos, contudo, com alta carga valorativa para exame da presente controvérsia, conforme será melhor esmiuçado doravante.

3.1. Do Princípio da estrita legalidade tributária

O princípio da legalidade genérica está estabelecido no art. 5º, inciso II da Constituição da República, enquanto que o princípio da estrita legalidade tributária, por sua vez, está previsto na Constituição no art. 150, I, este abaixo transcrito:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
> I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

Conforme é possível aferir, exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabelece, ofende a garantia assegurada aos contribuintes em face do Poder Público de qualquer esfera, que denominamos de princípio da legalidade.

Este princípio visa dar segurança aos contribuintes ao estabelecer que apenas após a discussão do tema nas casas legislativas, sejam elas municipais, estaduais ou federais, é que se imporão alterações em pontos sensíveis dos aspectos da hipótese de incidência tributária, como a sujeição passiva, a base de cálculo e as alíquotas.

Referido princípio está previsto no primeiro artigo das Limitações ao Poder de Tributar da Constituição. Segundo Luciano Amaro, citado por Leandro Paulsen (2006):

> **Limitações. Funções.** “O que fazem, pois, essas limitações é demarcar, delimitar, fixar fronteiras ou limites ao exercício do poder de tributar. São, por conseguinte, instrumentos definidores (ou demarcadores) da competência tributária dos entes políticos no sentido de que concorrem para fixar o que pode ser tributado e como pode sê-lo, não devendo, portanto, ser encaradas como ‘obstáculos’ ou ‘vedações’ ao exercício da competência tributária, ou ‘supressão’ dessa competência, consoante, a propósito das imunidades tributárias, já observou Paulo de Barros de Carvalho.

Voltando à análise das lições de Paulo de Barros Carvalho, é nítido que tal princípio é, na verdade, um “limite objetivo”, pois basta que se verifiquem que não há lei em sentido estrito exigindo ou majorando tributo, para que tal seja inconstitucional.

Esta lei, é a lei ordinária ou complementar, não cabendo, dessa forma, uma interpretação extensiva de que sejam normas e, portanto, inclusos decretos, instruções e demais atos infralegais veículos da novidade legislativa.

A esse respeito, é exatamente isso que o Poder Público, notadamente o federal, mais faz ao editar normas que, a despeito de regulamentarem lei, estabelecem quais serão os aspectos da hipótese de incidência tributária, notadamente base de cálculo, onde, a meu ver, residem as principais discussões no âmbito do direito tributário.

Vimos isso diariamente com as malfadadas Instruções Normativas que, editadas por órgão isolado já são um problema, muito mais quando são conjuntas, albergando campos do direito, da economia e contabilidade.

Neste sentido, para o objeto do presente estudo, entendo haver ofensa ao princípio da estrita legalidade tributária quando se busca tributar “receita bruta” não prevista de

forma conotativa na legislação, como se “receita bruta” fosse, em interpretação ao enunciado prescritivo denotativo.

Como visto no item 02 acima, o conceito de receita bruta está transcrito no enunciado prescritivo de forma denotativa, sendo possível perceber que, ao dizer que a receita bruta “compreende”, o legislador infra constitucional estabeleceu norma aberta, de difícil conceituação, possibilitando a cada um dos intérpretes, na sua missão, seja ela qual for (magistrado, fiscal, advogado, contribuinte *etc*), estabelecer seu próprio conceito.

Essa problemática não é exclusividade do significante “receita bruta”, na medida em que tal controvérsia também ocorre com a renda para o Imposto sobre a Renda, o serviço para o Imposto Sobre Serviço ou a mercadoria, para o Imposto sobre Circulação de Mercadorias.

Poder-se-ia sugerir que a atividade legislativa sobre tais significantes fosse de tal forma frequente, que no menor passo de evolução de cada uma destas relações, nova norma poderia ser editada. Obviamente que isso é inviável e acabaria por ofender, quem sabe, outro princípio-valor, o da segurança jurídica.

Assim sendo, entendo que o que ocorre no presente caso, é que se dá margem para, em homenagem à definição denotativa empregada pelo enunciado prescritivo, tributar aquilo que efetivamente receita bruta não é, como o ICMS, por exemplo, (já afastado pelo STF) e o próprio PIS/COFINS, em definição futura a ser dada pelo Tribunal Supremo.

A norma em questão, ou a definição do significado de “receita bruta”, ja foi anteriormente sugerida ao final do item anterior e poderia ser a solução de grande parte dos litígios judiciais que vemos atualmente.

3.2. Do princípio da capacidade contributiva

O Princípio da Capacidade Contributiva está previsto no art. 145, § 1º, da Constituição da República, no Capítulo dos Princípios Gerais do Direito Tributário, e estabelece:

> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
> (...)
> § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.
> (…)

Vitorio Cassone (2004) conceitua o princípio como princípio da capacidade econômica e leciona:

> Verifica-se, do § 1º do art. 145, que, enquanto os impostos, sempre que possível, terão caráter *pessoal*, a capacidade econômica aplica-se a todos os *tributos em sentido estrito*, ou seja, impostos, taxas e contribuições de melhoria, pois assim descrito no art. 145.
> É cediço que o tributo se assenta em **base econômica**. Sem essa base, é assaz complexo fazer incidir tributo sobre algo que não expressa conteúdo econômico, salvo se o sistema constitucional tributário, eventualmente, expressamente excepcionar.
> Prevê, portanto, a CF/88, que lei descreve a hipótese de incidência tributária sobre **fatos econômicos**, ou seja, fatos que podem ser objeto de tributação, e que,

> portanto, são portadores dos chamados *signos presuntivos de riqueza econômica,* ou seja, a CF ***presume*** que tais fatos tenham capacidade de suportar tributação.

Na divisão trazida pelo Professor Paulo de Barros Carvalho, este é um princípio classificado como "valor", ou seja, necessitaria da análise axiológica do enunciado prescritivo.

Especificamente sobre o princípio da capacidade contributiva, Paulo de Barros Carvalho (2018, p. 188) assim prevê:

> A capacidade contributiva do sujeito passivo sempre foi o padrão de referência básico para aferir-se o impacto da carga tributária e o critério comum dos juízos de valor sobre o cabimento e a proporção do expediente impositivo. Mensurar a possibilidade econômica de contribuir para o erário com o pagamento de tributos é o grande desafio de quantos lidam com esse delicado instrumento de satisfação dos interesses públicos e o modo como é avaliado o grau de refinamento dos vários sistemas de direito tributário. Muitos se queixam, entre nós, do avanço desmedido no patrimônio dos contribuintes, por parte daqueles que legislam, sem que haja atinência aos signos presuntivos de riqueza sobre os quais se projeta a iniciativa das autoridades tributantes, o que compromete os esquemas de justiça, de certeza e de segurança, predicados indispensáveis a qualquer ordenamento que se pretenda racional nas sociedades pós-modernas.

É exatamente esta a preocupação ilustrada neste trabalho, de que sejam tributadas pelas contribuições PIS e COFINS rubricas outras sob o pálio de "receita bruta", quando na verdade são apenas ingressos, como o que ocorreu durante anos com o ICMS e, acertadamente julgado inconstitucional pelo STF.

Neste sentido, entendo que é ofensivo ao princípio-valor "capacidade contributiva" o enunciado prescritivo que define denotativamente o conceito "receita bruta", na medida em que abre amplo leque de rubricas outras tributadas pelas contribuições sociais.

Como já reafirmado e corroborando com o quanto dito pela Professora Aurora Tomazini de Carvalho, já citada, os conceitos denotativos clamam por um conceito conotativo, notadamente para que a ofensa ao princípio-limite-objetivo da legalidade visto acima e o princípio-valor da capacidade contributiva sejam igualmente respeitados.

Novamente valendo-se das lições do Des. Federal Leandro Paulsen (2015, p. 49), sobre o princípio ele nos ensina que:

> Decorre deste princípio, basicamente, que o Estado deve exigir que **as pessoas contribuam para as despesas públicas na medida da sua capacidade para contribuir**, de maneira que nada deve ser exigido de quem só tem para sua própria subsistência, a carga tributária deve variar **segundo as demonstrações de riqueza** e, independentemente disso, a tributação não pode implicar confisco para ninguém.

Portanto, seguindo o entendimento do ilustre doutrinador, entendo que ofende a capacidade contributiva tributar rubricas outras pelas contribuições sociais PIS e COFINS que não sejam "receita bruta", o que ocorre pela ausência de uma definição conotativa do mencionado significante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme foi possível aferir ao longo do desenvolvimento, a ausência de uma definição conotativa para os conceito de “receita bruta” na legislação tributária, fez com que aberrações tributárias fossem permitidas ao longos dos anos.

Tribunais Brasil afora decidiam de maneira reiterada, por exemplo, que o ICMS, imposto estadual de titularidade do Estado, era “receita bruta”, permitindo, consequentemente, que as contribuições sociais PIS e COFINS poderiam incidir sobre tal valor.

Entendo que esta e outras aberrações jurídico-tributárias se deram, e se dão, pela ausência de uma definição conotativa para o conceito de receita bruta, bem como para outros conceitos jurídico-tributários, como renda, serviços ou mercadorias.

Isto porque a definição denotativa dos vocábulos, no nosso caso específico, “receita bruta”, acaba trazendo à tona vícios de linguagem como a ambiguidade ou a vagueza, na medida em que os significantes têm, na sua essência dois ou mais significados ou, pior, são vagos, trazendo uma amplitude ao intérprete que, pode ser boa, mas, no mais da vezes, traz ofensas, por exemplo, a princípios-limites-objetivos como o da legalidade e princípios-valores, como o da capacidade contributiva, o que é indesajável.

Neste sentido, entendo que uma infinidade de discussões judiciais poderia ser evitada com a definição conotativa do que seja receita bruta, por exemplo, com a edição de um enunciado prescritivo tendente a minorar dúvidas interpretativas do conceito.

Ao intérprete, que é quem produz a norma, caberia definir, portanto, o que não seria receita bruta, de forma negativa, à partir de uma definição conotativa positiva, ou seja, os não-elementos desta definição conotativa, portanto, não seriam receita bruta e, dessa forma, fora do campo de incidência das contribuições previdenciárias.

Desta forma, o judiciário não ficaria abarrotado de uma infinidade de discussões judiciais que buscam, no mais das vezes, conceituar “receita bruta” para aquele caso concreto e que, doravante, poderá ser dada outra definição para outro caso concreto.

Nesta situação hipotética, o princípio-valor da segurança jurídica, perseguido à exaustão pelos justributaristas e por todos os juristas, seria ofendido, na medida em que o mesmo significante teria, para PIS e COFINS uma diretriz e para Contribuição Previdenciária sobre Receita Bruta outra diretriz.

Foi exatamente esta divergência e esta problemática que busquei trazer no meu trabalho ao, repito, determinar que o conceito denotativo de receita bruta explicitado no enunciado prescrito pátrio, clama por uma definição conotativa, na medida em que dificulta a vida do intérprete do direito, ao invés de lhe ser uma aliada.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 17. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 15. ed. – São Paulo : Malheiros Editores, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. – São Paulo : Malheiros Editores, 2015.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Teoria geral do direito** (o Construtivismo Lógico-Semântico). São Paulo, 2009. Tese de Doutorado Pontífica Universidade Católica de São Paulo – PUC.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 29. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário:** linguagem e método. 6. ed. São Paulo : Noeses, 2015.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo : Martin Claret, 2009.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. – São Paulo : Noeses, 2006.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário:** Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 17. ed. – Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2015.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito tributário**. 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 4. ed. – São Paulo : Noeses, 2010.

A IMPORTÂNCIA DA IMPLEMENTAÇÃO DE MEDIDAS COMPENSATÓRIAS QUANDO DA OPERAÇÃO DAS PLATAFORMAS DE PETRÓLEO EM ALTO MAR

Vitoria Ullmann Kinas[1]
Prof. Luiz Gustavo Assad Rupp[2]

Resumo: O presente estudo trata das medidas compensatórias a serem implementadas quando da operação das plataformas de petróleo em alto mar. A importância do tema se dá pois existe um desconhecimento a respeito de como são estipuladas tais medidas dado o impacto da instalação e operação dessa plataforma de extração *offshore*, tendo em vista as repercussões e consequências no ecossistema marinho. Tem-se como objetivo deste artigo justamente compreender a importância da implementação de medidas compensatórias, sua relação com o licenciamento ambiental, e vislumbrar possíveis soluções para que sejam exercidas de maneira mais assertiva. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfica. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. A expectativa deste artigo é contribuir para elucidar a importância das medidas compensatórias para a manutenção dos ecossistemas, em específico o marinho, que tanto sofre com os desastres ambientais causados decorrentes da extração petrolífera. Por fim, a pesquisa obteve como resultado, após extensa análise de legislação e caso prático, que as medidas compensatórias ainda são alvo de contradições e embates quanto à sua aplicabilidade quando dos empreendimentos de grande impacto ambiental, que é o caso previsto no tema deste artigo, porém que está em constante evolução e visando melhorias.

Palavras-chave: Medidas compensatórias, plataformas de extração petrolífera, ecossistema marinho.

Abstract: The present study deals with the compensatory measures to be implemented when operating offshore oil platforms. The importance of the topic is given because there is a lack of knowledge about how such measures are stipulated given the impact of the installation and operation of this offshore extraction platform, in view of the repercussions and consequences on the marine ecosystem. The objective of this article is precisely to understand the importance of implementing compensatory measures, their relationship with environmental licensing, and to envision possible solutions for them to be exercised in a more assertive way. The methodology is qualitative, of the bibliographic type. The method is deductive with a level of descriptive depth. It is hoped that this study will contribute to elucidate the importance of compensatory measures for the maintenance of ecosystems, in particular the marine, which suffers so much from environmental disasters caused by oil extraction. Finally, the research obtained as a result, after an extensive analysis of legislation and a practical case, that compensatory measures are still the target of contradictions and clashes regarding their applicability when dealing with projects of great environmental impact, which is the case provided for in the subject of this article, but it is constantly evolving and aiming for improvements.

Keywords: Compensatory measures, oil extraction platforms, marine ecosystem.

INTRODUÇÃO

O cuidado com a fauna, flora e os ecossistemas que se inserem, sejam marinhos ou terrestres, é algo que deveria ser do interesse de todos, o que, atualmente, tem se mostrado mais evidente com a crescente preocupação que tem surgido em torno da sua preservação.

Quando se fala da implementação, operação e eventuais acidentes decorrentes das plataformas de petróleo em alto mar, os danos gerados por essa atividade ao

1. Estudante da quinta série do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).
2. Professor Luiz Gustavo Assad Rupp, graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (1994) e mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2005). Atualmente é membro do colegiado do Centro dos Direitos Humanos "Maria da Graça Braz" e professor adjunto da Universidade da Região de Joinville. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental, atuando principalmente nos seguintes temas: acidente do trabalho, meio ambiente do trabalho e responsabilidade objetiva.

ambiente em que se encontram podem ser em grandes escalas, e é a partir dessa preocupação em proteger tais ambientes que surgem as medidas de compensação e mitigação dos desastres ambientais.

Tal importância do tema em voga se dá justamente da necessidade de que as pessoas conheçam quais as medidas, em especial as compensatórias, que devem ser adotadas pelas plataformas de extração petrolífera *offshore* no caso de acidentes, ou quando os impactos de sua implantação e operação não podem ser mitigados.

É sempre interessante revisitar este tema e estar ciente do que pode e deve ser feito, a fim de proteger ecossistemas tão importantes para o equilíbrio ambiental.

Ao tanto enaltecer a conscientização pela preservação do meio ambiente marítimo nos casos de intervenções advindas da operação das plataformas de petróleo *offshore*, bem como dos eventuais acidentes desta, o que se questiona é qual seria a importância da implementação de medidas compensatórias neste cenário.

A compensação ambiental está prevista no *caput* do art. 36 da Lei do SNUC (Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza), o qual, com dada vênia, dispõe que:

> Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.

Juntamente desse conceito deriva a relevância de tal seara, uma vez que é pela força da delimitação das medidas compensatórias que é possível conseguir a liberação de determinadas licenças e aprovações para que os empreendimentos suscetíveis de risco ambientais possam ser realizados, como é o caso das plataformas de petróleo em alto mar.

Inclusive, a fim de corroborar com tal apontamento, quanto ao licenciamento, este teria como premissa básica, conforme Sarlet (2021, p. 563):

> a prevenção do dano ambiental ou, ao menos, a mitigação dos seus impactos quando inevitáveis em razão da natureza do empreendimento ou atividade (por exemplo, a construção de uma rodovia ou de uma usina hidrelétrica inevitavelmente impactará o meio ambiente), estabelecendo medidas compensatórias, condicionantes de controle das licenças expedidas a serem cumpridas pelo empreendedor, com a fixação de prazos, inclusive para fins de renovação da licença expedida anteriormente.

Com isso, após breve elucidação das medidas compensatórias e sua relação com o licenciamento ambiental, agora trazendo ao tema proposto, o que contribui para tanto é a abordagem acerca do princípio da precaução, que, em se tratando de petróleo, é perfeitamente plausível sua aplicação, pois é possível afirmar que “nos casos de recursos não renováveis, a precaução é mais intensa do que naqueles casos em que é possível um tratamento menos drástico” (LORENZETTI, 2010, p. 98).

Sendo assim, está claro a inquietação que gira em torno do tema e, com o decorrer do presente artigo, se passeará pelas legislações vigentes atualmente no Brasil, tanto marinhas como terrestres, traçando um comparativo de sua efetividade, bem como uma breve análise do processo de instalação e operação de uma plataforma de petróleo *offshore* com o intuito de melhor entendê-lo e com isso poder, com mais propriedade,

identificar os pontos em que a legislação tem alcançado ou não seu objetivo de forma eficaz.

Para dar conta dos objetivos propostos, este artigo está estruturado da seguinte forma: inicialmente será abordada a questão das (1) medidas ambientais compensatórias e sua importância. A seguir tratará do (2) processo de implementação de uma plataforma de extração de petróleo e o licenciamento ambiental. E, por fim, a (3) conclusão sobre a efetividade da aplicação das medidas compensatórias no processo de extração petrolífera e possíveis soluções.

1. MEDIDAS AMBIENTAIS COMPENSATÓRIAS E SUA IMPORTÂNCIA

A preocupação com o meio ambiente, seja ele marinho ou terrestre, é uma pauta que tem ganhado força nos últimos tempos, sendo um assunto mais explorado e difundido. Todavia, a aplicação de medidas que visam minimizar e compensar os danos causados à natureza já existem a certo tempo e têm sido cada vez mais aprimoradas dada a relevância de sua aplicação.

Um dos marcos que institui medidas internacionais de indenização e compensação de danos causados ao ambiente marítimo foi o acidente com o navio Torey Cannyon, em 1967. O derramamento de óleo deste navio levou à criação da *International Tanker Owner Pollution Federation* (ITOPF), a qual engloba os principais navios petroleiros do mundo, e possui como função primordial "gerir um fundo voluntário e transitório estabelecido pelos armadores com a finalidade de assegurar indenizações para os afetados por derramamento de óleo no mar" (ANTUNES, 2016, p. 619).

Com o passar dos anos essa federação foi reorganizada e substituída pela Cristal (*Contract Regarding and Interim Supplement to Tanker Liability for Oil Pollution*), sendo que ambos os fundos foram extintos em 1997. O que se teve com a criação desses fundos foi um ponta pé inicial para que futuramente convenções fossem criadas a fim de sustentar e regulamentar a melhor forma de indenizar aqueles que sofrem quando da ocorrência de acidentes que causam a poluição marítima.

O Brasil é signatário de algumas convenções internacionais referentes à responsabilização por esses danos, tais como a Prevenção da Poluição Causada por Navios (MARPOL-1973-78) e o Preparo, Resposta e Cooperação em Casos de Poluição por Óleo (OPRC – 1990), o que demostra, de certa forma, que existe sim uma preocupação quanto à preservação do ambiente marítimo nessas situações.

Para além dessas convenções e tratados internacionais, o Brasil também possui legislação que regulamenta e concede parâmetros para a mitigação, compensação e também indenização dos danos causados, sejam nos ambientes terrestres ou marítimos.

Como já abordado anteriormente, a compensação ambiental, em específico já que é o foco deste trabalho, está prevista no *caput* do art. 36 da Lei do SNUC (Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza). Para reforçar tal conceituação, entende-se por compensação ambiental "o instituto jurídico que obriga o empreendedor de obra ou atividade causador de significativa degradação ambiental, definidos no EPIA/RIMA, a apoiar, com recursos financeiros, a implementação e manutenção de unidade de proteção integral" (OLIVEIRA, 2011, p. 142).

Segundo o que se extrai do conceito da legislação supracitado e do texto colecionado, para determinação dos empreendimentos que devem se sujeitar à política de compensação ambiental, é necessário a definição dada pelo EPIA/RIMA (Estudo Prévio de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto ao Meio Ambiente).

Com isso, se faz importante salientar a definição de impacto ambiental, prevista na Resolução 001/86 do CONAMA, a qual em seu artigo 1º traz que:

> **Art. 1º** Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
> II - as atividades sociais e econômicas; III - a biota;
> IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; V - a qualidade dos recursos ambientais.

Sendo assim, pelo fato de estar regulamentado em lei e ser exigida a aplicação a partir de prévio estudo sobre o caso concreto, é possível vislumbrar e importância de tal instituto para a efetivo e correto desenvolvimento das atividades que podem gerar danos ambientais.

Assim, com a devida instituição dessas medidas, sua exata aplicação corroborada de uma fiscalização eficaz, ainda que houvessem danos consideráveis ao meio ambiente, estes poderiam ser devidamente compensados, ou muitas vezes mitigados (diminuídos), preservando assim aquilo que por vezes não se renova em curto prazo, ou até mesmo nunca, na natureza. Podendo assim dizer, que essas medidas possuem também um caráter coercitivo e de precaução frente aos danos que venham a surgir.

1.1 Do princípio da precaução

Relacionado à compensação ambiental está o princípio da precaução, voltado para as incertezas e riscos ambientais do ponto de vista do direito teórico e sua aplicação ao caso concreto.

O desenvolvimento industrial vem carregado de alguns benefícios que muitas vezes faz com que as pessoas relevem certos danos colaterais advindos de tal avanço, partindo da premissa de que quando surgem problemas no progresso, estes se "controlam, se administram, se adjudicam a quem puder suportá-los, ou mesmo se sanciona a quem atuou indevidamente" (LORENZETTI, 2010, p. 73), aplicando-se o que é entendido como estratégia reativa.

Juntando este fato supracitado com a força falha das legislações, seja em sua aplicação ou ainda fiscalização de sua aplicação, há controvérsias quanto do uso do princípio, existindo, segundo Lorenzetti (2010), duas visões polarizadas: uma que sustenta que o princípio seria mera declaração exortiva de aplicação prática, e outra que impede a aplicação do princípio na proibição de todo empreendimento com risco ambiental, até que demonstrado efetivo dano, o que muitas vezes é quase indemonstrável.

Partindo disso, é importante salientar que o princípio da precaução, diferente do da prevenção, o qual visa agir apenas quando existe ameaça certa e comprovada, aplica- se justamente aos casos em que se atesta apenas a ameaça incerta, ainda que não comprovada, em razão de se estar diante de um dano grave ou irreversível, ou seja, um dano futuro e incerto (LORENZETTI, 2010).

Corroborando com a definição deste princípio, determina a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), em seu princípio 15, que:

> com a finalidade de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério de precaução conforme suas capacidades. Quando houver

> perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para que seja adiada a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação ambiental.

Com isso, em razão da importância da aplicação das medidas compensatórias e aqui, em especial, no ambiente marinho de exploração petrolífera, é mais do que possível como também perfeitamente aplicável o princípio da precaução.

Por decorrer de riscos advindos de ações humanas, sendo desde a implantação das plataformas de extração de petróleo, como também durante todo seu uso e futura desabilitação, isso gera uma crise administrativa, principalmente por se tratar de bens ambientais que não são renováveis e nem compensáveis. Dessa forma, é possível afirmar que “nos casos de recursos não renováveis, a precaução é mais intensa do que naqueles casos em que é possível um tratamento menos drástico” (LORENZETTI, 2010, p. 98).

Sendo assim, é importante levar em consideração a aplicação deste princípio em pauta no que tange ao petróleo, pois dos acidentes advindos deste se perde tanto com o vazamento desse recurso mineral como também muito se perde na questão ambiental, seja com a poluição das águas marinhas, drástico impacto na fauna e flora, e ainda podendo atingir populações de pessoas que estejam próximas ao local da implementação da plataforma ou do acidente.

1.2. Do princípio do poluidor-pagador

Como já trazido anteriormente, o princípio da precaução se encaixa à compensação ambiental, principalmente quando se trata de recursos não renováveis, se enquadrando o petróleo nessa seara. Ainda, para corroborar com tal carga conceitual, é também cabível tratar do princípio do poluidor-pagador.

Este princípio está previsto expressamente na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), a qual, em seu Princípio 16, traz que:

> as autoridades nacionais deveriam procurar fomentar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em conta o critério de que o causador da contaminação deveria, por princípio, arcar com os seus respectivos custos de reabilitação, considerando o interesse público, e sem distorcer o comércio e as inversões internacionais.

Sarlet (2021, p. 253), trabalha junto desse princípio a questão de internalização das externalidades, que vem a ser, de forma breve:

> “**internalizar” nas práticas produtivas** (em última instância, no preço dos produtos e serviços) os **custos ecológicos**, evitando-se que eles sejam suportados de modo indiscriminado (e, portanto, injusto) por toda a sociedade.

Ou seja, o impacto ambiental já deve estar internalizado/previsto no cerne da atividade, que seria sua externalidade.

É neste ponto que o princípio do direito ambiental em questão se relaciona com a compensação ambiental, pois é através dela que se vislumbra uma das formas de se internalizar os danos ecológicos. Foi, inclusive, com base neste princípio que o STF se embasou para decidir sobre a ADI 3.378/DF, a qual será abordada no decorrer deste artigo.

Com isso, é possível dizer que o instituto da compensação ambiental é:

> um mecanismo de **internalização dos custos ecológicos** de **empreendimento de significativo impacto ambiental** que acarretará inevitavelmente danos ecológicos (ex. construção de rodovia, construção de loteamento e condomínio de casas etc.), direcionando recursos (e **obrigações de fazer a cargo do empreendedor**) para unidades de conservação do Grupo de Proteção Integral (não obstante também seja possível sua reversão em favor de unidades de conservação do grupo de uso sustentável, conforme prevê o recém-incluído § 4º no art. 36), como forma de mitigar o prejuízo ecológico ocasionado. (SARLET, 2021, p. 256).

Assim, é pacífico que aquele que eventualmente venha a causar danos ao meio ambiente tenha que arcar com as responsabilidades advindas de tais atos, sendo o conceito de poluidor não limitado ao que estabelece o art. 3º, IV, da Lei 6.938/81, que dispõe que este é “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”, mas também o consumidor ou usuário dos produtos e serviços oferecidos e prestados, por força do art. 6º, II, da Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos, a Lei 12.305/2010 (SARLET, 2021, p. 256).

2. O PROCESSO DE IMPLEMENTAÇÃO DE UMA PLATAFORMA DE EXTRAÇÃO DE PETRÓLEO E O LICENCIAMENTO AMBIENTAL

A busca incessante por petróleo é uma corrida que leva muitos interessados nesse recurso mineral a tomar atitudes em desacordo com as normas, tanto legais como morais de boa conduta com o meio social e ambiental.

Os danos ambientais são previstos em várias etapas no processo de extração petrolífera. Para compreender melhor tal seara, é importante elucidar as fases desse processo. Até chegar a efetiva parte de instalação de uma plataforma de petróleo tem-se três grandes etapas: a pesquisa, a perfuração e a produção efetiva do material (SCHAFFEL, 2002).

Os estudos e pesquisas feitos previamente definem onde será mais exitoso iniciar o processo de perfuração, pois delimita em certos pontos onde o petróleo pode ser encontrado e não desperdiçar esforços e materiais em operações vãs.

Partindo para a parte de perfuração, conforme almeja abordar este artigo, já superada então a parte de pesquisa e apontada as localidades com alta probabilidade de encontrar o material, é onde, por fim, se confirma a existência ou não do petróleo.

Existem os poços pioneiros e os poços de delimitação ou extensão, sendo até aqui considerados exploratórios, e ainda os poços de desenvolvimento, que utilizam desse nome após passado pelo status dos outros poços e, então, colocam o campo em efetiva produção (SCHAFFEL, 2002).

Explicando brevemente os tipos de poços aqui elencados, para que de antemão já se tenha uma noção sobre os impactos ambientais existentes, traz Schaffel (2022), que se tem por poço pioneiro aquele que deu início ao processo exploratório e que acusa se houve alguma descoberta e se a perfuração foi efetiva. Detectada a efetiva existência do material, parte-se para os poços de delimitação ou extensão, nessa etapa é averiguado o potencial comercial do campo e se é viável produzir petróleo através dele. Por fim, começa-se a fase de produção, tornando o poço em exploratório e aproveitando-se de forma mais invasiva do ambiente escolhido.

Tendo entendido, a partir da visão de Schaffel (2022), as etapas e classificações do poço a ser explorado, em cada etapa está presente um tipo de perfuração no solo

aquático, na qual se utiliza de uma broca que fará com que evolua e alcance camadas mais

profundas do oceano. Ao evoluir com a perfuração, o equipamento utilizado libera um fluído que circula pelo poço para fazer a devida lubrificação e auxiliar com o funcionamento apropriado desta, o qual se denomina lama de perfuração. Ainda, como decorrência óbvia da perfuração, são gerados diversos pedaços de rochas trituradas, os chamados “cascalhos”.

Os fluídos gerados, ou a lama de perfuração, são compostos por hidrocarbonetos, sendo que, conforme Terron (2017, p.2):

> a maior parte dessa mistura é composta por hidrocarbonetos: inclui os do tipo saturado (alcanos normais, isoalcanos e cicloalcanos) e os aromáticos. Em menor quantidade encontram-se os compostos sulfurados (não desejáveis, pois podem causar corrosão em equipamentos que utilizam frações de petróleo, entre outros efeitos); nitrogenados (piridinas, quinolinas, pirróis etc.); oxigenados; resinas e asfaltenos; substâncias inorgânicas (principalmente metais: ferro, zinco, cobre etc.); soluções aquosas salinas; gases inorgânicos (como, por exemplo, H2S e CO2).

É claro que todas essas substâncias produzidas trazem prejuízos para o ambiente marinho, pois apesar de já estarem no subsolo dos oceanos, estão presentes de forma controlada e não afetando de forma prejudicial ao ecossistema. Uma vez retiradas da onde se encontram e, por vezes, entrando em contato com a vida marinha, poderá acontecer o que é chamado de Bioacumulação, sendo “a absorção e retenção no tecido de um organismo de uma substância química biodisponível de alguma fonte externa como a água, sedimentos ou substrato” (SCHAFFEL, 2002, p.35). Isso se torna um problema e se faz necessário o seu controle.

O mesmo se aplica aos cascalhos, os quais são, conforme Schaffel, 2002, p.36, “resíduos de rocha que a broca produz ao abrir caminho pelas formações [...] que são transportados à superfície pelo fluido de perfuração”. Esses sólidos chegam à superfície levados pelo fluído de perfuração, sendo separados posteriormente.

Após separado do fluído, o cascalho é descartado no mar, e o que influencia no seu comportamento na hora de dispersado no mar é o tipo de fluído utilizado anteriormente, sendo que se utilizado o à base d’água facilita a não acumulação no fundo do mar, se acomodando de forma mais esparsa (SCHAFFEL, 2022).

Já a inquietação ambiental surge quando dispersado cascalho que foi transportado com fluídos à base de óleo, esses acabam criando acúmulos no fundo do mar e também

demoram mais tempo para afundar, causando impacto principalmente “sobre os bentos, ou seres que vivem no fundo do oceano. Estes estão suscetíveis à toxicidade e anoxia provenientes da decomposição do fluido base agregado ao cascalho” (Schaffel, 2017, p. 47), não sofrendo apenas com a toxicidade, mas também com a alteração de seu *habitat* natural.

Com isso, apesar do impacto positivo, em partes, dessa atividade para o setor socioeconômico, seja na geração de empregos e principalmente na área da indústria, são também visíveis os impactos negativos que este ramo traz ao meio ambiente, sendo com danos supracitados, ou com sua influência no efeito estufa e contribuição para o aquecimento global, sua afetação na saúde da população, bem como risco para os trabalhadores do ramo (ALMEIDA, 2011).

Não por menos, após observar alguns dos danos ambientais causados com a instalação e operação de uma plataforma de petróleo *offshore*, é possível vislumbrar a

importância da previsão de medidas que se insurjam quando imperiosa a compensação ou mitigação desses danos, por justamente se fazer “necessário encontrar formas de viabilização e compatibilização do seu desenvolvimento com a preservação do meio ambiente e com o desenvolvimento sustentável” (ALMEIDA, 2011, p. 75).

Com isso, em decorrência de todos esses dados ambientais, o licenciamento ambiental se faz necessário em razão de fiscalizar e viabilizar o aval para o empreendimento ser executado de maneira menos gravosa ao ambiente marinho em questão.

A fim de corroborar com a definição de licenciamento ambiental, a Lei complementar nº 140/2011, em seu art. 2º, inciso I, se ocupa em dizer que:

> Art. 2º Para os fins desta Lei Complementar, consideram-se: I - licenciamento ambiental: o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental;

A empresa brasileira de petróleo, a PETROBRÁS, declara que para implantar seus empreendimentos ou executar suas atividades, precisa passar por processos de licenciamento ambiental, sendo, por sua vez, obrigada por lei a fazer isto e articulando juntamente ao IBAMA para que tais empreendimentos de petróleo e gás natural, os quais

possuem grandes riscos de impactos ambientais em grau elevado, possam ter o aval para a devida operação (PETROBRAS, 2022).

Assim como a PETROBRAS, todos os demais empreendimentos que possam gerar riscos ambientais são condicionados ao licenciamento ambiental, sendo possível então perceber a importância de tal instituo, bem como visível sua regulamentação na legislação brasileira, como demonstrado com sua definição na Resolução nº 237 do CONAMA.

Quando abordado o tema de licenciamento ambiental, principalmente sobre a ótica de sua extrema necessidade para a devida regularidade do empreendimento, é imprescindível se tratar sobre o tema da compensação ambiental. Isso porquê:

> não há como dissociar a discussão sobre a Compensação Ambiental do processo de Licenciamento Ambiental. Embora ambos os institutos sejam sustentados por leis distintas, a Compensação só pode ser viabilizada como consequência do Licenciamento, principalmente se examinada à luz da manifestação do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca do tema, ocorrida em sessão de 9 de abril de 2008. (FARIA, 2008, p.2).

Inclusive, trazendo para a seara abordada neste artigo, discorre Almeida (2011, p. 76), que “em uma atividade que tem elevado nível de impacto ambiental, como é o caso da atividade petrolífera, o licenciamento funciona como instrumento de gestão ambiental, visando contribuir para a minimização e/ou mitigação dos impactos”.

Assim, partindo dessa máxima de relação entre os institutos acima abordados, retira-se a conclusão de que uma vez previstas tais medidas se torna viável prosseguir com determinada atividade/empreendimento objeto de licenciamento ambiental, sendo uma chave essencial para tanto.

2.1. Análise da legislação brasileira quanto às medidas compensatórias e sua aplicabilidade

Como já reiteradamente abordado no presente estudo, as medidas compensatórias ambientais são previstas no ordenamento jurídico brasileiro, em especial na Lei nº 9.985/2000, a Lei do SNUC, a qual em seu art. 36 trata das unidades de conservação.

O artigo mencionado discorre sobre tais medidas e em seus parágrafos traz outras especificações ao instituto da compensação, incluindo o percentual que deve ser fixado pelo órgão ambiental licenciador para quando ocorrerem situações em que se fará necessária a sua aplicabilidade.

Para breve elucidação da legislação é cabível trazer à baila o disposto neste artigo, o qual delineia que:

> Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei. (Regulamento)
> § 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento. (Vide ADIN nº 3.378-6, de 2008)
> § 2º Ao órgão ambiental licenciador compete definir as unidades de conservação a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas unidades de conservação.
> § 3º Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o *caput* deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.
> § 4º A obrigação de que trata o ***caput*** deste artigo poderá, em virtude do interesse público, ser cumprida em unidades de conservação de posse e domínio públicos do grupo de Uso Sustentável, especialmente as localizadas na Amazônia Legal.

Assim, tendo em vista o trazido pela legislação, é possível vislumbrar que é de interesse coletivo, e inclusive constitucional, previsto no art. 5º, inciso LXXIII e art. 23, inciso VI, da CF/88, defender o meio ambiente equilibrado e saudável, tanto para as gerações atuais, como para as futuras.

Com isso, como uma parcela dessa preservação, tem-se a importância de regulamentar a implementação das medidas compensatórias, dando credibilidade à sua estipulação uma vez que serão delimitadas e aplicadas por órgão competente, com base no estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA. Sendo esse tipo de compensação denominada compensação ambiental *ex ante* ou antecipada (ALMEIDA, 2011).

Uma vez delimitado que o empreendimento de fato causará significativo dano ao meio ambiente, conclui-se então a efetiva necessidade de aplicação dessas medidas de compensação. Cabendo aqui ressaltar que são denominadas *ex ante* ou antecipadas pois são aplicadas em uma fase anterior, ou seja, antes mesmo do dano ocorrer (ALMEIDA, 2011).

Sendo assim, por ser considerada uma compensação ambiental *ex ante*, ela nunca poderá se dar de forma *in natura*, ou seja, indenizatória ou equivalente. Com isso, é possível extrair que esse tipo de compensação "sempre será transformada em um determinado valor pecuniário pelo próprio empreendedor ou pelo órgão dos recursos, em benefícios ambientais às unidades de conservação de proteção integral e às de uso sustentável" (ALMEIDA, 2011, p. 56).

Nesta seara relacionada ao valor delimitado para a devida compensação, é estipulado pelo §1º, do art. 36, da Lei nº 9.985/2000, acima colacionado, que não poderá ser inferior a meio por cento dos custos totais para a implantação do empreendimento.

Acerca deste dispositivo legal específico se insurgiu a ADI nº 3.378/DF, a qual se ocupou em decidir sobre a aplicabilidade e legalidade deste, tomando como base o princípio do usuário-pagador, o qual contém o princípio do poluidor-pagador, já tratado anteriormente neste artigo científico, e que, conforme trazido pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (2008, p. 242), significa "um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados de atividade econômica".

A ADI foi julgada parcialmente procedente e o acórdão foi no sentido de declarar inconstitucional o termo utilizado pelo §1º, do art, 36, tratando, em suma, que o "valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se asseguram o contraditório e a ampla defesa. Prescindibilidade da fixação de percentual sobre os custos do empreendimento" (ADI 3.378/DF, 2008, p. 243).

Ainda, a fim de corroborar com a decisão proferida, é cabível elucidar a nova redação dada para esse dispositivo legal, a qual seria no sentido de o "montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade, sendo fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento" (p. 280).

Em suma, após opiniões diversas trazidas na discussão da inconstitucionalidade do artigo em voga, chegou-se à inconstitucionalidade parcial de seu §1º, para retirar a obrigatoriedade de ser meio por cento do empreendimento, bem como a ideia de ser um parâmetro percentual.

Isso tudo pois era previsto a prévia destinação deste percentual sobre o custo total do empreendimento, o que, conforme as palavras do Min. Ricardo Lewandowski, "pode eventualmente incluir também os custos destinados ao combate à poluição mesmo. Quer dizer, há todo aquele equipamento que serve para despoluir as águas, e os afluentes que saem de um determinado empreendimento". (p. 275 e 276).

Com isso, não faria sentido cobrar por algo de antemão, a fim de preservar, sendo que também abarcaria os investimentos previstos para realizar essa preservação.

Tomando, então, por base, o debate acerca da legislação e a forma de preservação estipulada previamente, é possível extrair a abrangência das medidas compensatórias, as quais se ocupariam de pronto a tentar prevenir eventual dano ambiental catastrófico e podendo ser estipuladas mediante perícia feita pelo órgão competente, dando credibilidade à sua delimitação e aplicação nos empreendimentos de "significativo impacto ambiental", como bem traz o art. 36, *caput*, da Lei 9.985/2000.

3. CONCLUSÃO SOBRE A EFETIVIDADE DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS COMPENSATÓRIAS NO PROCESSO DE EXTRAÇÃO PETROLÍFERA E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Após tanto tratar no decorrer deste trabalho acerca das medidas compensatórias, de sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, bem como de sua relação com a atividade de extração petrolífera, cabe por fim salientar da efetividade de sua aplicação.

Tomando como base a discussão do tópico acima, onde se teve a declaração parcial da inconstitucionalidade do §1º, do art. 36, da Lei nº 9.985/2000, é possível extrair que o tema tem sua relevância e merece ser revisitado constantemente. Principalmente com o intuito de alerta e advertência aos empreendedores de atividades que possam vir a causar dano para o meio ambiente.

Com o intuito de corroborar para a elucidação da importância do assunto, cabe trazer à baila novamente o princípio do poluidor-pagador, abordado na ADI 3.378-6/DF, que, nas palavras do Min. Celso de Mello (p. 50):

> não significa o reconhecimento, ao poluidor, de que tem ele, mediante o pagamento dessa compensação, o direito de poluir. Ao contrário, cabe, aqui, a advertência feito pelo eminente Professor PAULO AFFONSO LEME MACHADO [...], em sua consagrada obra “Direito Ambiental Brasileiro”, no sentido de que, na realidade, o custo a ser imputado ao poluidor não está exclusivamente vinculado à imediata reparação do dano, mas, na verdade, a uma atuação preventiva.

Portanto, é claro o viés de preservação (antes mesmo que o dano venha a ocorrer) que se insurge da estipulação de medidas compensatórias.

Correlacionando o instituto da compensação ambiental com a exploração petrolífera, é possível delinear essa relação depois de analisado os tópicos do setor do petróleo, desde o seu estudo, perfuração dos poços, sua efetiva comercialização, bem como o impacto dessa indústria na saúde e no meio ambiente (ALMEIDA, 2011).

Uma vez tendo a visão geral dos impactos que esses empreendimentos oferecem, o licenciamento, como anteriormente abordado, se faz necessário, pois ele “funciona como instrumento de gestão ambiental, visando contribuir para a minimização e/ou mitigação dos impactos” (ALMEIDA, 2011, p. 76).

O que se tem levantado como crítica acerca do instituto da compensação, é que, apesar do caráter preventivo quanto aos possíveis danos ambientais, esta, por sua vez, acaba sendo um problema para se conseguir o efetivo licenciamento dos empreendimentos, como um impasse devido ao exagero de suas estipulações pelos órgãos competentes.

Almeida (2011, p. 68) traz, após serem realizadas entrevistas com representantes de empresas que prestam algum tipo de consultoria par ao setor de petróleo e gás, que:

> a compensação ambiental vem sendo utilizada como condicionante da licença ambiental, ou seja, as atividades só poderão ser iniciadas, caso o empreendedor cumpra tal condição de aplicar o recurso da compensação ambiental, sob pena de multa no caso do descumprimento.

Ou seja, vincula-se as medidas compensatórias ao licenciamento ambiental, o que é algo positivo, porém se tem um déficit em relação à forma com que vem sendo estipulada pelos órgãos competentes, podendo prolongar em muito o processo para se conseguir a licença.

Isso tudo gira em torno do trâmite processual que existe após estipulado o cálculo para a compensação ambiental, uma vez que são analisados pelo órgão competente os documentos enviados pelo empreendedor, aplicando-se a metodologia de valoração do grau de impacto para apurar o valor a ser pago. Após, é enviado tais dados a Câmara Técnica SNUC do MMA, para que então seja definida a finalidade e utilização dos recursos financeiros que foram obtidos (ALMEIDA, 2011).

Um processo demorado e que por vezes gera insegurança nos empreendedores da indústria do petróleo por haver uma desconfiança na destinação do dinheiro que se está dispondo.

Tendo em vista que existem imbróglios no setor petrolífero, principalmente quanto ao seu aval de produção, a legislação brasileira tem se ocupado em delinear e delimitar parâmetros mais concretos para dar continuidade à essa seara que tanto impulsiona a economia nacional e internacional, porém sem deixar de prezar pelo equilíbrio ambiental.

Com isso, ainda que sem bases muito concretas sobre essa indústria, Almeida (2011, p.77) aborda uma visão de evolução e diz que:

> a viabilidade da implementação e da operação dos projetos, sob o aspecto ambiental, passou a ser um requisito para a sua aprovação, e o processo de licenciamento ambiental tem sido objeto de discussão, buscando-se o aperfeiçoamento, a utilização e os meios de redução dos conflitos entre todos os atores envolvidos no processo.

Sendo assim, a preocupação com o meio ambiente está presente e tem-se utilizado de meios legais, tais como o licenciamento ambiental, para trazer efetivo cuidado sobre o cerne ambiental que é deveras impactado com o a exploração da indústria petrolífera.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O interesse pelo meio ambiente marinho foi algo sempre presente em pesquisas particulares e que despertou um olhar curioso pela preservação deste quando visto pelo

ponto de vista da atividade de extração petrolífera, uma vez que pouco se sabe sobre o tema no que tange ao que ocorre após os acidentes.

A partir da pesquisa, leitura e curiosidade chegou-se às medidas compensatórias, as quais são delimitadas previamente à instalação de um empreendimento. Portanto, juntando as ideias que já foram comentadas, chegou-se ao tema em tela, visando explorar a importância da implementação de medidas compensatórias quando da operação das plataformas de petróleo em alto mar, bem como estudando sob a ótica do que determina a legislação brasileira sobre o caso.

Para tanto, o presente artigo se trata de uma pesquisa com abordagem qualitativa, a qual possui como foco “compreender e aprofundar os fenômenos, que são explorados a partir da perspectiva dos participantes em um ambiente natural e em relação ao contexto” (SAMPIERI; COLLADO; LUCIO; 2013, p. 376). A abordagem em questão, como continua Sampieri, Collado e Lucio (2013), parte de uma premissa social de entender o meio em que os indivíduos ou participantes estão inseridos e os fenômenos que os rodeiam, a fim de que aprofundem seus pontos de vista, bem como opiniões e interpretações, sendo uma forma subjetiva de perceber a sua realidade. Ao objetivar essa expressão, a pesquisa científica permite aprofundar o conhecimento das normas da ciência jurídica.

Neste sentido a pesquisa qualitativa se adequa aos objetivos da investigação em curso, garantindo também o cruzamento e interpretação de variáveis mais complexas.

No mais, a pesquisa é do tipo bibliográfica, a qual conceitua Henriques e Medeiros (2017, p. 106, apud KÖCHE, 2015, p. 122), como sendo "a que se desenvolve tentando explicar um problema, utilizando o conhecimento disponível a partir das teorias publicadas em livros ou obras congêneres". Nesta ocasião serão analisadas as referências a respeito do assunto especialmente em livros, artigos científicos, internet e outros meios de comunicação pertinentes, os quais tratem de direito ambiental, bem como medidas de compensação.

Com isso, pelo texto buscar uma construção lógica entre as variáveis qualitativas de interpretação para formar argumentos os mais densos e plausíveis possíveis, e por partir de uma premissa menor, que é a conceituação das medidas compensatórias, e adentrando uma premissa maior, que é a análise da legislação brasileira e a eficácia de sua aplicação quando do tema levantado, chega-se à conclusão que o melhor método de

pesquisa para tal é o indutivo, sendo este, conforme Michel (2015), "um tipo de raciocínio que caminha do registro de fatos particulares para chegar à conclusão ampliada que estabelece uma proposição geral".

Por fim, o nível de aprofundamento que se dará à essa pesquisa é explicativo, que seria o tipo de estudo que "vai além da descrição de conceitos ou fenômenos ou do estabelecimento de relações entre conceitos; ou seja, são responsáveis pelas causas dos eventos e fenômenos físicos ou sociais" (SAMPIERI; COLLADO; LUCIO; 2013, p. 105). Assim, com o auxílio de conceitos relacionados ao direito ambiental e aqueles postulados nas legislações, será possível chegar à um resultado produtivo da análise proposta no tema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O questionamento sobre a importância da implementação de medidas compensatórias no cenário de exploração petrolífera *offshore* não se esgota com os estudos feitos neste artigo. Cabe ressaltar que este se empenhou em aprofundar o tema a fim de levantar pontos de importante questionamento e que merecem continuidade dado sua relevância.

Assim, com o propósito de explorar o cerne do trabalho, trouxe neste a definição de medidas compensatórias, bem como levantou sua importância com o auxílio de princípios basilares do Direito Ambiental, o princípio da precaução e o do poluidor- pagador, que perfeitamente se enquadram ao tema no que tange ao empreendimento visado, qual seja, as plataformas de petróleo.

Com a finalidade de explanar a parte técnica e como se dá o processo de instauração de uma plataforma de petróleo em alto mar, ocupou-se o trabalho em abordar essa questão deixando nítido o grande impacto para o ambiente marinho, bem como afetando outras esferas. Ainda, se ateve em delinear a importância do licenciamento ambiental em empreendimentos de grande impacto, e o quanto esse processo é de suma relevância para que o meio ambiente seja preservado sem prejudicar o desenvolvimento econômico, e vice e versa.

Dentro da parte de licenciamento ambiental, coube ainda relacioná-lo com a compensação ambiental, a qual não pode ser vista desatrelada do mesmo, uma vez que

sua previsão neste se faz totalmente possível e imprescindível para o devido desenvolvimento da atividade nele constante.

Por fim, como forma de arrematar e fazer menção ao abordado no tópico anterior que ainda se ateve a discutir as medidas compensatórios no ordenamento jurídico brasileiro e os questionamentos que ainda giram em torno do assunto, ressaltou-se os resultados obtidos com a pesquisa feita no decorrer do artigo.

Em decorrência destes, cabe destacar que, ainda que previsto na legislação brasileira, e discutido a fim de encontrar melhorias, as medidas compensatórias ainda são um tema muito questionado e que deve ter reconhecida sua devida importância, isso tudo em razão da natureza de preservação e preocupação com o meio ambiente.

Sendo assim, como abordado anteriormente, o presente artigo não se ocupou em esgotar o tema proposto, mas sim fomentar o debate sobre a importância do licenciamento ambiental, das medidas compensatórias e da preocupação com um meio ambiente devidamente equilibrado, utilizando como base um caso de empreendimento de alto impacto ambiental, como a instalação das plataformas de petróleo *offshore*. Servindo assim, conforme se espera, para dar continuidade aos estudos e objetivando se chegar a respostas e resultados cada vez mais concretos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Adriana Dante de. Panorama da compensação ambiental no setor de petróleo e gás: um estudo de caso na Bacia Potiguar. **Escola Politécnica/ UFRJ**, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/7446. Acesso em 12 mai. 2022.

ANTONIO, H.; BOSCO, M.J. **Metodologia Científica da Pesquisa Jurídica, 9ª edição**. São Paulo: Grupo GEN, 2017. 9788597011760. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011760/. Acesso em: 25 nov. 2021.

ANTUNESE, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011.** Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm. Acesso em: 05 mai. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 15 mai. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da

Natureza e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm. Acesso em: 13 mai. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm. Acesso em: 15 mai. 2022.

BRASIL. **Resolução CONAMA nº 237,** 1997. Disponível em: https://www.icmbio.gov.br/cecav/images/download/CONAMA%20237_191297.pdf. Acesso em: 05 mai. 2022.

FARIA, Ivan Dutra. **Compensação Ambiental: os fundamentos e as normas, a gestão e os conflitos**. Senado Federal, Consultoria Legislativa, Centro de Altos Estudos, 2008.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João B. **Metodologia Científica da Pesquisa Jurídica, 9ª edição**. São Paulo: Atlas, 2017. Acesso em: 25 nov. 2021.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria geral do direito ambiental**.** *In:* LORENZETTI, Ricardo Luis. Incerteza e riscos ambientais: prevenção e precaução. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010. cap 3, p. 72-100.

MICHEL, Maria Helena. **Metodologia e Pesquisa Científica em Ciências Sociais, 3ª edição**. São Paulo: Grupo GEN, 2015. 978-85-970-0359-8. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-970-0359-8/. Acesso em: 25 nov. 2021

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Difusos e coletivos direito ambiental.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento**, 1997. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2021.

PETROBRAS. **Licenciamento ambiental.** Disponível em: https://petrobras.com.br/pt/sociedade-e-meio-ambiente/meio-ambiente/licenciamento-ambiental/. Acesso em: 03 mai. 2022.

SAMPIERI, R.H.; COLLADO, C.F.; LUCIO, M.D.P.B. **Metodologia de Pesquisa**. Porto Alegra: Grupo A, 2013. 9788565848367. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788565848367/. Acesso em: 25 nov. 2021.

SARLET, I.W.; FENSTERSEIFE, T. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. 9786559641161. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641161/. Acesso em: 25 nov. 2021.

SCHAFFEL, Silvia Blajberg. A questão ambiental na etapa de perfuração de poços marítimos de óleo e gás no Brasil. **COPPE, Rio de Janeiro**, 2002.
_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.378/DF. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=534983. Acesso em: 15 mai. 2022.

TERRON, Luiz R. **Propriedades dos Fluidos Derivados de Petróleo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2017. 9788521634089. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788521634089/. Acesso em: 05 mai. 2022.