Revista do Tribunal Regional Federal da Sexta Região

Volume 2| Número 1| 2024

EXPEDIENTE

Revista do Tribunal Regional Federal da Sexta Região

Ano I – Volume 2 – Número 1
Janeiro-Julho de 2024

Periodicidade: Semestral
Idiomas aceitos: Português, Inglês, Espanhol e Italiano
Responsável pela Publicação: Escola de Magistratura do Tribunal Regional Federal da Sexta Região

Equipe Editorial
Diretor – Grégore Moreira de Moura
Vice-Diretor – Pedro Felipe de Oliveira Santos
Coordenadora – Francine Figueiredo
Diagramação e Revisão – Max Ronald de Oliveira
Revisão – Sara Torres

Conselho Editorial
Alessandra Benedito
Anderson de Paiva Gabriel
Aury Celso Lima Lopes Junior
Cássius Guimarães Chai
Gisele Santos Fernandes Góes
Luiz Fux
Luiz Henrique Diniz Araujo
Márcio Carvalho Faria
Paula Pessoa Pereira
Reynaldo Soares da Fonseca
Pierpaolo Cruz Bottini
Valdir Moyses Simão

Pareceristas
Eugênio Battesini
Gabriela Exposito Tenorio Miranda de Morais
Isabel Penido de Campos Machado
Jefferson Carlos Carús Guedes
João Carlos Souto
José Levi Mello do Amaral Júnior
Rodrigo Araújo Ribeiro

Revista do Tribunal Regional Federal da Sexta Região

A Revista do Tribunal Regional Federal da 6ª Região é um periódico semestral que tem por objeto a divulgação de artigos científicos com foco no direito aplicado, sem prejuízo das ciências interdisciplinares, como a filosofia, a antropologia, a ciência política, a sociologia, a psicologia, entre outras do painel das ciências humanas. Os artigos são selecionados por critérios de relevância, pertinência e maturidade no trato da matéria e publicados coletivamente, em cada número. A publicação é integrada ainda por julgados relevantes do TRF da 6ª Região. O objetivo é contribuir para a promoção do debate jurídico e o aprimoramento da Justiça.

Autor corporativo responsável pela publicação:

Tribunal Regional Federal da Sexta Região
Av. Álvares Cabral, nº 1805 – Santo Agostinho – CEP: 30170-001 Telefone: (31)3501-1300

SUMÁRIO

Adjudicação do Direito ou Pacificação Social? O Paradigma da Jurisdição Restaurativa Pede Passagem
Pedro Felipe de Oliveira Santos
Vinicius Augusto Menezes Martins 7

A Interpretação Econômica do Direito e os Crimes Tributários
Charles Soares de Oliveira
Marcelo Carita Correra 34

Reforma Tributária: Os Compilados Estruturais e Pontuais de Intensa Neuralgia a Serem Enfrentadas no Novo Modelo Fiscal Brasileiro na Reforma da Pec 45/2019
Paulo Rogério Venâncio dos Santos 59

Os Desafios do Estado Democrático de Direito no Contexto do "Novo" Iluminismo, do Progresso Tecnológico e do Humanismo
Rodrigo Araújo Ribeiro 93

A Vedação do §1º do Artigo 201 da Constituição Federal em Face do Princípio da Igualdade: Transgeneralidade e Previdência Social
Miguel Horvath Júnior
Luciano Lavor Terto Junior 105

O Nudge como Estratégia da Regulação Social: bala de prata ou tiro no pé? Estudo de Caso da Regulação do Meio Ambiente
Leticia Wienskoski 128

Legitimidade Ativa das Pessoas Jurídicas de Direito Público para Propositura da Ação de Improbidade Administrativa – Entre Retrocessos e Acertos
Letícia Balsamão Amorim 147

Os Filhos Separados pela Hanseníase no Brasil e o Novo Reconhecimento de Crime de Estado
Thiago Pereira da Silva Flores 169

Aplicação da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelos Tribunais Federais Brasileiros
Vinicius Cobucci
Carla Volpini Ribeiro Silva 198

SUMÁRIO

INSS e a Indenização por Vazamento de Dados Sob a Perspectiva Da LGPD e os Desafios de Aprimoramento da Proteção Constitucional Previdenciária
Gilmara Valéria Gonçalves
Sergio Henrique Salvador
Theodoro Vicente Agostinho 218

Antônio Joaquim Ribas e sua Contribuição para o Direito Administrativo e Adjucação Administrativa no Segundo Reinado do Brasil
Luís Guilherme Netto Andrade
João Vitor Lozano Jeronymo 232

Deficiência Auditiva: Direito Fundamental e Dever de Cuidado
Francine Figueiredo 258

Restituição de Lucros Ilícitos e Dano Ambiental 279
Marcelo Kokke 271

Prescrição Intercorrente no Direito Processual Ambiental Brasileiro e Aprovação do Instituto no Estado de Minas Gerais
Ana Luiza Novais Cabral
Álvaro Ricardo de Souza Cruz 291

Acórdão
Divergência - Agravo Interno no HC 1010181-34.2023.4.06.0000
Desembargador Federal Grégore Moura 314

Acordão
Habeas Corpus Criminal 1060050-12.2023.4.06.3800
Pedro Felipe de Oliveira Santos 321

Acórdão
Apelação Cível 1012773-27.2023.4.06.9999
Grégore Moreira de Moura 344

Discurso - Homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira
Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves 351

EDITORIAL

É com muita alegria e satisfação que a Escola do Tribunal Regional Federal da 6ª Região lança a segunda edição de sua Revista. Depois do sucesso da nossa primeira edição, brindamos nosso leitor com mais uma revista de qualidade e profundidade jurídica. Tecnologia e modernidade são os motes que movem a Escola do TRF6, bem como a sua Revista.

Após quase dois anos de prestação jurisdicional, o lançamento da 2ª edição da Revista do Tribunal Regional Federal da 6ª Região vem consolidar nosso objetivo de congregar academia, o nosso Tribunal, juristas e sociedade civil, em sua missão de compartilhar conhecimentos e experiências jurídicas, fomentando as fontes motrizes da Justiça, quais sejam a conciliação e o diálogo.

A Revista, portanto, é a reverberação destes vetores, além de registrar na história jurídico-acadêmica do país, o Direito em sua forma mais vivente e atual.

Nesta segunda edição contamos com artigos de diversos temas, como o princípio da transgeneridade, as implicações da separação de pais e filhos devido à hanseníase no passado, amparada por lei, e as implicações do novo modelo tributário brasileiro.

A alegria de compartilhar estes trabalhos é a demonstração de que estamos no caminho certo, uma vez que manter o prumo e o nível alinhados é sinônimo de sabedoria, retidão e altivez.

Em uma união de esforços de vários atores e com o apoio incondicional da nossa Presidente do Tribunal, Dra. Mônica Sifuentes, que vem desbastando todos os obstáculos para a construção diuturna desta casa, como já dissemos em outra oportunidade, agradecemos na sua pessoa, todos os integrantes deste Tribunal, desde nossos desembargadores e juízes, até nossos servidores, colaboradores, terceirizados e estagiários.

Congratulo-me com toda a brilhante e competente equipe da Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 6ª Região que realizou um trabalho de excelência ao longo do último ano.

Ao Desembargador Pedro Felipe, Vice-Diretor da Escola do Tribunal Regional Federal da 6ª Região, rendo minhas homenagens por alicerçar nossas colunas com força e sabedoria.

Dizia do desejo de que viessem outras edições com a excelência deste primeiro ato de uma peça teatral (me referia à primeira edição), e, agora, o vejo realizado.

Como disse certa vez em uma de minhas elucubrações poéticas: *"Deus vai nos dando o conhecimento em gotas.... E as gotas? Continuam a semear o conhecimento improvável".*

Que essas gotas estejam representadas nestas páginas e que o improvável venha em positividades.

Boa leitura a todos.

Grégore Moreira de Moura
Desembargador Federal
Diretor da Escola de Magistratura do Tribunal Regional Federal da 6ª Região

Artigo

Adjudicação do Direito ou Pacificação Social? O Paradigma da Jurisdição Restaurativa Pede Passagem

Enforcement Or Pacification? The Restorative Justice Claims Its Place

Pedro Felipe de Oliveira Santos
Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 6ª Região
Bacharel (Universidade de Brasília)
Mestre (Harvard University)
Doutorando (Oxford University) em Direito
Vice-Direitor da Escola de Magistratura Federal da Sexta Região

Vinícius Augusto Menezes Martins
Membro-pesquisador do Constituições: Centro de Constitucionalismo e Comparativismo da Universidade Federal de Minas Gerais.

[Sumário]

Adjudicação do Direito ou Pacificação Social? O Paradigma da Jurisdição Restaurativa Pede Passagem

Enforcement Or Pacification? The Restorative Justice Claims Its Place

Resumo: O sistema brasileiro de resolução alternativa de conflitos se articulou a partir da premissa de que, seja por circunstâncias estruturais inerentes à jurisdição, seja por contingências que afetam os serviços judiciários, a adjudicação do objeto de direito por meio de um julgamento de mérito nem sempre é o método adequado para dissolvera lide posta nos autos e os conflitos a ela subjacentes. A adoção de diversos métodos alternativos, tais como a conciliação, a mediação e a arbitragem, apresenta resultados notáveis. Entretanto, segue havendo uma certa timidez quanto à Justiça Restaurativa, a qual, embora já tenha sido regulada pelo Conselho Nacional de Justiça e tenha inspirado a criação de alguns institutos processuais penais, ainda não se encontra detalhadamente contemplada em lei. Por conta desse cenário de indeterminação legislativa, pende uma melhor compreensão do objeto, da missão e da viabilidade da aplicação da Justiça Restaurativa ao ordenamento jurídico brasileiro e às práticas judiciárias vigentes. A partir de premissas da Antropologia do Direito e da Filosofia do Direito, o presente estudo propõe que a jurisdição se encaminha para o que denominamos de paradigma restaurativo. Sob essa perspectiva, a Justiça Restaurativa, como um novo campo de atuação jurisdicional, é mais do que um mero conjunto de princípios e de práticas, é mais do que um apanhado de metodologias de tratamento diferenciado de conflitos, e sequer se confunde à mediação ou à conciliação. Em verdade, a Justiça Restaurativa detém o potencial de se tornar uma nova seara da jurisdição, autônoma, simultânea e complementar em relação à jurisdição cível e à jurisdição criminal.

Palavras-Chave: Antropologia do Direito, acesso à Justiça, métodos alternativos de resolução de conflitos, Justiça Restaurativa

Abstract: The Brazilian system of alternative dispute resolution is based on the premise that, whether due to structural circumstances inherent to the jurisdiction or contingencies affecting judicial services, adjudicating the legal object through a merit-based judgment is not always the most appropriate method for resolving the case at hand and the underlying conflicts. The adoption of various alternative methods, such as conciliation, mediation, and arbitration, has yielded notable results. However, there remains a certain timidity regarding Restorative Justice, which, although already regulated by the National Council of Justice and having inspired the creation of some criminal procedural institutions, is not yet thoroughly contemplated in law. Due to this scenario of legislative indetermination, there is a need for a better understanding of the object, mission, and feasibility of applying Restorative Justice within the Brazilian legal system and existing judicial practices. Drawing from the premises of Legal Anthropology and Legal Philosophy, this study proposes that the jurisdiction is moving towards what we call the restorative paradigm. From this perspective, Restorative Justice, as a new field of jurisdictional action, is more than just a set of principles and practices, more than a collection of methodologies for differentiated conflict treatment, and it is not to be confused with mediation or conciliation. In truth, Restorative Justice holds the potential to become a new area of jurisdiction, autonomous, simultaneous, and complementary to both civil and criminal jurisdictions.

[Sumário]

Prólogo

Embora decorridos muitos anos, o magistrado ainda recordaria a tarde em que recebera uma distinta senhora em sua sala de audiências. Dona Andrelina adentrara trôpega, mas altiva, como se, mesmo carregando o peso do sofrimento de ter perdido familiares e amigos na tragédia ambiental que assolara a região, não perdesse a perseverança pela causa que reclamava.

Dona Andrelina, sob a irremediável pressão de ter que performar a condição de "atingida", longe de apresentar ao magistrado intrincadas demandas cíveis ou ousadas imputações criminais, reclamava provimento menos jurídico e mais humano.

Não é que essas instâncias não tivessem feito o que delas se esperava. Rapidamente a indústria que causara o acidente propôs um acordo cível. Não poderia ela negar que tinha sido uma boa soma, que ajudou a recompor o pouco que tinha. As indenizações ao Poder Público também ajudaram a reconstruir ruas, praças e estradas. Por sua vez, o Ministério Público vinha fazendo o que podia em inúmeras ações penais ainda em trâmite, com chances reais de condenação de alguns réus. No entanto, ela pouco sabia desses processos. Afinal "as vítimas não cabem no sistema penal". Pelo menos é o que lhe diziam os mui distintos advogados da Capital.

Ela muito proseou. Contou causos, vidas interrompidas, sonhos esvaídos. Dela. De familiares. De amigos. De conhecidos. De desconhecidos. Dores que ela sentiu; dores que ela ouviu falar. Eram mais de duzentas vítimas fatais. Derramou lágrimas em alguns momentos. Chorou copiosamente em outros. Ao final da conversa, ainda emocionada, em um tom quase indecifrável, que mesclava ironia, rancor e lamentação, ela concluiu: *"Sabe o que mais nos dói? Nós nunca fomos ouvidos. Não digo de ser ouvido numa audiência, na condição de testemunha. Digo de ser ouvidos por eles, que nos causaram essa tragédia. Eles desmancharam a nossa comunidade e dilaceraram as nossas vidas. Mas parece que nós não temos nada a dizer no mundo deles. Tudo o que queríamos, e não tivemos, e não teremos, a mais digna de todas as reparações, seria uma escuta e um pedido de desculpas. Isso valeria mais do que dinheiro. Isso valeria mais do que cadeia. Mas esses processos que estão aí, esses processos que os senhores cuidam, não vão curar a nossa dor".*

[Sumário]

Introdução: O Sistema Brasileiro de Resolução de Conflitos

Nas últimas décadas, a aproximação da tradição romano-germânica à anglo-saxônica ensejou diversas inovações no direito brasileiro, notadamente a atribuição de força normativa aos precedentes e a abertura de vias alternativas à jurisdição estatal na resolução de conflitos. Embora a doutrina tenha se mostrado fecunda na sistematização e compreensão do primeiro fenômeno, igual sorte não teve o segundo, apesar das proporções por ele tomadas. Enquanto a arbitragem já recebera seu regramento legal em 1996 (Lei 9.307), a conciliação e a mediação foram alvo de preocupação especial pelo Código de Processo Civil de 2015, transformando profundamente o Judiciário brasileiro, não só numa feição externa e formal, mas, principalmente, numa reformulação da cultura de litígio e da missão constitucional atribuída ao magistrado. No entanto, ainda são poucos os estudos jurídicos que analisam as ontologias e os impactos dessa transformação no nosso Direito e nas funções exercidas pelos juízes.

As estatísticas apontam o sucesso na adoção dos métodos alternativos de resolução de controvérsias, que já se tornaram um truísmo no cotidiano das práticas judiciárias. A conciliação, por exemplo, encerra 13,76% dos processos em 1º grau, número que alcança os 19,11% nos Juizados Especiais e até os 21,57% na Justiça do Trabalho[1]. Mais do que a consideração empírica, a expansão dos meios autocompositivos atravessa um debate identitário da magistratura, posto que adota como premissa a ideia de que a jurisdição estatal, por meio de sua técnica tradicional de adjudicação do objeto de direito à parte vencedora, nem sempre deve ser o meio mais adequado para solucionar não apenas o conflito, mas também o litígio. Ao lado da missão tradicional, desponta a ideia de um Judiciário mais consciente de sua tarefa de pacificação social, a exigir novas posturas dos magistrados, agora também vistos como potenciais conciliadores e mediadores de litígios.

A Antropologia do Direito, campo frequentemente compreendido apenas a partir de sua feição empírica, oferece um rico arcabouço teórico para compreender o significado histórico e político da expansão da resolução alternativa de conflitos. Uma das opções consiste em enxergar a conciliação, a mediação e a arbitragem como se estivessem dispostas numa escala que vai, de um lado, do maior espaço retórico concedido às partes, a fim de neutralizar ou de evitar o conflito, até, do outro lado, a intervenção institucional que não raramente acompanha o caráter substitutivo da vontade operado pela jurisdição[2]. Sob esse prisma, se a mediação se prepara para conceder aos interlocutores mais liberdade propositiva, concedendo-lhes a faculdade de proporem soluções aos conflitos a partir de suas próprias concepções, a conciliação, em verdade, carrega consigo uma carga de institucionalidade mais intensa, consistindo na tentativa de superação do déficit informacional entre o titular e o alvo da pretensão por meio da intervenção do magistrado. A arbitragem, por fim, seria, aos olhos do referido critério, a

1 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números. Justiça em Números, [s.d.]. Disponível em: https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-estatisticas/. Acesso em: 26 jul. 2024.

2 NICÁCIO, Camila. Mediação para a Autonomia: Alteridades em Diálogo. e-cadernos CES, 2008. Disponível em: http://www.ces.uc.pt. Acesso em: 26 jul. 2023. P. 6

[Sumário]

iminência da intervenção institucional representada pelo Judiciário, uma vez que é compreendida como uma jurisdição não-estatal, erguida mais a partir da superação da litigância de massa do que propriamente de uma preocupação discursiva.

Nos últimos tempos, tem ganhado espaço no Brasil, com inspiração em experiências internacionais, a realização de conferências dialogadas entre pessoas envolvidas em conflitos cíveis ou penais. Essas experiências, comumente denominadas de práticas restaurativas, partem da mesma preocupação de valorização da participação discursiva dos sujeitos envolvidos em um dado conflito na construção coletiva da respectiva solução; não há, entretanto, uma metodologia única das práticas restaurativas realizadas no Brasil, mas podem ser identificados alguns traços comuns. No geral, assim como na conciliação e na medição, elas pressupõem a presença de um magistrado mais ouvinte, ainda que lhe preservando o poder decisório. Ademais, por mais que essas práticas não estejam restritas à Justiça Criminal, não se deve ignorar que esses imperativos se originaram de uma compreensão material do delito, não somente visto como a violação de uma norma jurídica, porém, igualmente, como agressão ao tecido social, acompanhado de consequências para a vítima e para a comunidade. Conforme será exposto adiante, o paradigma restaurativo acompanha o abolicionismo penal em duvidar da responsabilização dos culpados como única maneira de tratar o ilícito; dele difere, entretanto, quando mantém a confiança no sistema penal, embora a ele proponha complementos por meio da inclusão da comunidade e das vítimas na construção da solução do conflito.

No entanto, há duas diferenças vitais entre, de um lado, a Justiça Restaurativa, e, de outro, a conciliação, na forma como normatizada no Direito brasileiro. Essas diferenças, raramente exploradas pela doutrina, comumente são relegadas em um segundo plano, gerando uma confusão entre os institutos e prejudicando a utilização da Justiça Restaurativa em toda a sua potencialidade. Embora ambas as práticas possam compartilhar metodologias – e comumente o fazem –, elas não deixam de se diferir pelo seu objeto e pelas suas potencialidades.

A conciliação, nos termos do Código de Processo Civil, é uma fase do procedimento civil que tem o condão de prevenir ou de encerrar a lide. Embora o acordo construído pelas partes possa inclusive incluir outras questões não postas inicialmente na lide, fato é que o objeto central da conciliação é a questão controvertida posta nos autos – pretensões reparatórias e sancionatórias a serem transigidas pelas partes, nos limites da lei.

Por outro lado, a prática restaurativa não goza do mesmo *status*. No geral, elas têm sido realizadas de forma autônoma e simultânea em relação às ações cíveis e penais, com uma preocupação que transcende a lide posta nos autos. A prática restaurativa busca conhecer o conflito subjacente à lide e convida ao diálogo as pessoas direta e indiretamente envolvidas em suas causas estruturais (e não apenas os sujeitos processuais autor, réu e terceiros juridicamente interessados). As transações entre os envolvidos podem até incluir questões reparatórias e sancionatórias (e, assim, repercutir nas ações cível e penal), mas focam na restauração do tecido social, o que inclui a) a assunção de responsabilidade social dos autores do dano (o que não se confunde necessariamente com responsabilidade cível e penal), b) a busca pelas causas estruturais do conflito, e c) a construção de soluções dialogadas para o conflito, não apenas mediante a neutralização de suas causas, mas também mediante a tentativa de prevenção de atos futuros. Ao contrário dos processos cível e penal, esse objetivo

[Sumário]

de prevenir atos futuros não é necessariamente presumido a partir da obrigação de reparação, e, na maioria dos casos, passa longe da ideia de sancionamento. Restaurar pressupõe o fortalecimento dos círculos de controle social que envolvem os indivíduos (família, escola, comunidade etc), com o intuito de construir estratégias de pertencimento, de acolhimento e de responsabilidade no âmbito de determinada relação familiar, social ou comunitária.

Essas diferenças vitais entre a conciliação e a prática restaurativa revelam as potencialidades desse último instituto. Se a Justiça Restaurativa não esgota nem se confunde com as jurisdições cível e penal, estamos diante da oportunidade de construir uma nova seara de jurisdição, com objetos, missões, metodologias, procedimentos e consequências processuais própria. O presente trabalho percebe que a proliferação de práticas restaurativas nos tribunais, realizadas de forma paralela às jurisdições tradicionais, inauguram um novo paradigma de jurisdição, que aqui denominamos de paradigma restaurativo. Essa constatação empírica, por sua vez, reclama uma validação teórica sobre suas premissas, seus horizontes conceituais e práticos, como também de seus limites: Antropologia do Direito e a Filosofia do Direito tem muito a contribuir para a compreensão desse panorama.

A solução consensual dos conflitos tem o potencial de capturar não só os aspectos jurídico-formais do caso, mas também a dimensão simbólica dos direitos, isto é, como eles são vividos e como ganham sentido para as partes.[3] O antropólogo Luís Roberto Cardoso visualiza os conflitos jurídicos em três dimensões temáticas: (a) uma dimensão de direito, articulada a partir da significância jurídico-formal em si mesma dos fatos; (b) uma dimensão de interesse, advinda da utilidade que o processo pode oferecer às partes; e, por fim, (c) uma dimensão de reconhecimento. Em que pese o Judiciário não tenha problemas em navegar as duas primeiras, valendo-se dos direitos subjetivos violados para compreender os prejuízos causados às partes, raramente ele mergulha na terceira, a qual, erguida a partir de um direito de cidadania e associada a concepções de igualdade e de dignidade, expressa-se no caso concreto mediante sentimentos como os de desamparo, de ausência de pertencimento e de humilhação.[4] É essa inabilidade por parte do julgador que os meios autocompositivos tem buscado dissolver, mas, ainda assim, tem se mostrado limitados em casos mais sensíveis, justamente pelo seu necessário apego ao objeto e aos sujeitos da lide, em sua feição formal-processual. Por sua vez, esse déficit pode ser endereçado pela Justiça Restaurativa, porquanto reserva à justiça formal a tarefa de averiguar as sanções previstas no ordenamento, dedicando-se, outrossim, de forma paralela e simultânea, a compreender as necessidades dos ofendidos, as causas subjacentes ao conflito que transcendem a lide e as estratégias de restauração do tecido social afetado.

3 CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. A Dimensão Simbólica dos Direitos e a Análise de Conflitos. Universidade de Brasília. Revista de Antropologia, São Paulo, USP, 2010, v. 53, nº 2, p. 451-473. Disponível em: http://www.scielo.br. Acesso em: 26 jul. 2023. (p. 457)

4 CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. A Dimensão Simbólica dos Direitos e a Análise de Conflitos. Universidade de Brasília. Revista de Antropologia, São Paulo, USP, 2010, v. 53, nº 2, p. 451-473. Disponível em: http://www.scielo.br. Acesso em: 26 jul. 2023. (P. 461)

[Sumário]

No Brasil, a Justiça Restaurativa ainda não foi objeto de regramento legislativo, o que prejudica a sua acuidade conceitual-procedimental e limita as suas ambições, tanto em nível processual quanto em nível de consequências materiais a decorrerem de uma prática restaurativa bem-sucedida. Embora a Resolução nº 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça seja pioneira no assunto, a definição ali encampada é por demais analítica, circunstância que espelha a timidez doutrinária em pensar o objeto e os limites da prática[5]. Portanto, é necessária uma melhor análise do que é — e do que não é — a Justiça Restaurativa, de sua verdadeira extensão e de como ela deverá ser pensada a título de política judiciária e de acesso à Justiça.

O presente trabalho propõe-se a iniciar essa missão. Procurando definir com mais acuidade qual o objeto da Justiça Restaurativa, quais missões ela impõe ao magistrado, e quais as suas potencialidades e limites. Ao perpassar esse iter teórico, propomos que a jurisdição se encaminha para o que denominamos de paradigma restaurativo. Sob essa perspectiva, a Justiça Restaurativa, como um novo campo de atuação jurisdicional, é mais do que um mero conjunto de princípios e de práticas, é mais do que um apanhado de metodologias de tratamento diferenciado de conflitos, e sequer se confunde à mediação ou à conciliação. Em verdade, a Justiça Restaurativa detém o potencial de se tornar uma nova seara da jurisdição, autônoma, simultânea e complementar à jurisdição cível e à jurisdição criminal.

5 “(...) Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma: (...)”. A referência à ideia de “conjunto” peca tanto pela escassez de sentido quanto, conforme demonstraremos, por ignorar a possibilidade de entender-se a Justiça Restaurativa como efetivo provimento jurisdicional, de modo a merecer a qualidade de “Justiça”.

[Sumário]

Uma Pendente Definição de Justiça Restaurativa

O primeiro passo no sentido de alcançar a essência de um objeto é, naturalmente, buscar por suas origens. Dessa vez, não poderá ser diferente: ainda que a Justiça Restaurativa se inspire num ethos comunitário de comunidades tradicionais a exemplo dos Maori e dos Navajo, seu surgimento se dá numa tentativa de superar a justiça penal por meio da confluência da vitimologia ao abolicionismo penal[6]. Ainda que siga apostando na consensualidade e no diálogo, o paradigma restaurativo abandonou o objetivo de substituir o punitivo para complementá-lo, no intuito de evitar o desamparo da vítima ínsito a uma justiça penal que se limite à imposição da sanção ou ao puro retributivismo na legitimação da intervenção punitiva. Não obstante, é preciso dizer que aa promessa de restauração não busca uma flexibilização da reprimenda, muito embora isso seja possível, porém a racionalização da intervenção estatal.

O resgate e até a prioridade dada à vítima não passaram despercebidos das preocupações dos processualistas de garantismo mais extremado.[7] Não vemos por que negar que a objeção seja fundada: o objeto do processo penal (garantista) é uma pretensão acusatória, a ser exercida, na forma da lei, perante um juiz competente em direção ao acusado. Assim sendo, enquanto ato trino na dimensão pessoal, como reza o brocardo,[8] o processo desenvolve-se a partir de normas de destinatários definidos, nos quais não figura a vítima; pautar-se a justiça penal pelos interesses (ainda que legítimos) do ofendido propiciaria, nesse sentido, tanto o esvaecimento do fato de ser o acusado o elo mais fraco da relação processual quanto, em último caso, a flexibilização das garantias que daí decorrem. Apesar de a crítica possuir o mérito de esclarecer a inviabilidade da substituição do processo penal pelo restaurativo, peca, desse modo, por ignorar que, em verdade, o paradigma de restauração não só se compatibiliza com a punição, mas pressupõe a criação de um senso de responsabilidade no agressor e na prestação de contas às expectativas sociais.

Exatamente nesse ponto reside um dos mais frequentes equívocos na conceituação da Justiça Restaurativa: confundir os objetos e os limites entre, de um lado, as práticas de conciliação e de mediação, e, de outro, as práticas restaurativas.

No primeiro caso, a conciliação e a mediação encerram ou evitam o processo judicial, com resolução do mérito da demanda para os devidos fins cíveis. Nesse sentido, a título de exemplo, a sentença homologatória de um acordo entre as partes impede a prolação de uma posterior decisão de mérito que afirme a adjudicação do objeto do litígio. Ou seja, a conciliação e a mediação substituem o julgamento da lide, em seu viés tradicional. Adicionalmente, embora o Código de Processo Civil permita que as partes ampliem o objeto do acordo, englobando

6 LIMA, Tássia Louise de Moraes. Limites do Acordo Restaurativo. Brasília: CJF, 2023. (Série de Monografias do CEJ) P. 33

7 LIMA, Tássia Louise de Moraes. Limites do Acordo Restaurativo. Brasília: CJF, 2023. (Série de Monografias do CEJ). P. 50

8 “iudicium est actus trium personarum, iudicis, actoris et rei”, atribuída a Bulgarus.

[Sumário]

questões que não estejam mencionadas na petição inicial, o núcleo central da conciliação e da mediação reside, ainda, no objeto do litígio posto ao Poder Judiciário. Celebrado o acordo, há uma presunção de que o litígio foi pacificado e dissolvido. Essa presunção tem natureza e legitimidade processual.

Entretanto, no segundo caso, a prática restaurativa parte de dois pressupostos. Primeiro, o conflito, em termos materiais, não necessariamente é pacificado e dissolvido pelas práticas de reparação e de sanção tradicionalmente adotadas pela sentença de mérito ou pelo acordo conciliatório homologado pelo juízo cível, muito menos pelas sanções de restrição de liberdades e de direitos aplicadas pelo juízo penal. Segundo, o conflito pode atingir dimensões pessoais, familiares e comunitárias, de tal modo que a atuação do Poder Judiciário nas searas cível e penal não contribua significativamente para a restauração integral do tecido social fragmentado, tanto no que tange à assimilação das causas do conflito quanto no que tange à prevenção de agressões futuras.

Portanto, a prática restaurativa sublima-se da relação entre as partes tradicionais processo, autor e réu, para operar num plano comunitário, na tentativa de tematizar como o conflito afetou vítimas e terceiros, não apenas a partir de uma perspectiva jurídico-formal, mas decerto a partir de uma perspectiva humano-material. Outrossim, a prática restaurativa não substitui a atuação dos juízes cível e penal, nem pressupõe o encerramento ou a renúncia das ações correlatas. Ela surge como uma prática adicional e simultânea, com relativa autonomia, a partir princípio, métodos, objeto e missão próprios.

No entanto, não raro, diversos normativos acabam por não capturar essa transição de objeto entre a conciliação e a restauração. Veja-se, por exemplo, a imprecisão a que sucumbe a Resolução n. 12/2002, da Organização das Nações Unidas[9], ao expressamente acoplar a conciliação e a mediação no âmbito do procedimento restaurativo. Não se duvida de que as diversas práticas possam compor uma cena comum de complementariedade e interdependência; contudo, em nada essa convivência pode nos afastar da ideia de que a Justiça Restaurativa, para ser verdadeira “Justiça” no sentido que geralmente se atribui esse termo, não exclui um provimento de natureza efetivamente jurisdicional prolatado pelas searas tradicionais do Poder Judiciário.

Embora a conceituação proposta pelo CNJ não se acometa da mesma imprecisão de não divisar corretamente os meios autocompositivos, os quais, conforme já demonstramos, representam graus de espaço retórico distintos, ainda assim peca ao não perceber a Justiça Restaurativa como um terceiro provimento jurisdicional, alternativo à jurisdição cível e à criminal. Ora, sabe-se que a jurisdição, ainda que una enquanto emanação da soberania estatal, pode ser classificada quanto a seu objeto entre cível e criminal, funcionando como

9 2. “Restorative process” means any process in which the victim and the offender, and, where appropriate, any other individuals or community members affected by a crime, participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator. Restorative processes may include mediation, conciliation, conferencing and sentencing circles.

10 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. V § 615, p. 451.

[Sumário]

critério de diferenciação a natureza da pretensão de direito material a ser conhecida pelo magistrado. Sob esse prisma, em sendo a pretensão (*Anspruch*) uma posição subjetiva de exigir[10], correlata às pretensões penais, surge uma jurisdição criminal, analogamente, para apreciar as pretensões não-penais, uma jurisdição cível. Não faltam diferenças atribuíveis a essa dicotomia; contudo, a nós somente interessa a que afeta o provimento: se a jurisdição criminal se volta a aferir um fato e, com base num dever consagrado no ordenamento, aplicar a sanção cabível a fim de alcançar imperativos preventivos, retributivos ou ressocializadores, a jurisdição cível, por outro lado, opera no plano obrigacional para compor patrimonialmente um dano ou fazer valer um direito subjetivo.[11]

Ante esse referencial, não nos parece que a Justiça Restaurativa se subsome confortavelmente a quaisquer das duas posições. Não há, por parte do paradigma restaurativo, renúncia alguma às finalidades preventivo-retributivas que a sanção penal busca; muito pelo contrário: ela pressupõe a assunção de responsabilidade como parte da sensibilização do agressor. Não obstante, tampouco intenciona entregar mudanças consideráveis no sistema cível, uma vez que, nessa seara, toda a extensão do dano atrelada ao fato deverá ser contemplada em indenizações ou obrigações de fazer, ainda que forçadamente executadas. Em suma, se a Justiça Restaurativa não é somente mais um meio de solução alternativa de conflitos substitutivo das jurisdições conhecidas, não se faz difícil compreender a arduidade em conceituá-la, posto que expõe o magistrado a uma posição dele pouco conhecida: a de restaurador. A compreensão do significado dessa afirmativa conduz aos fundamentos do paradigma restaurativo e aos problemas estruturais por ele apontados.

11 DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Teoria Geral do Processo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. CAP. 12

[Sumário]

O Magistrado Restaurador: Entre o Julgamento e a Pacificação

A carência de univocidade na conceituação da Justiça Restaurativa remete, em parte, à incompreensão do papel do magistrado nessa dinâmica. Não é à toa: em vez de se desenvolver a partir do caráter substitutivo inatamente atribuído à jurisdição, o paradigma restaurativo, acompanhando os meios autocompositivos de resolução de conflitos, aposta na consensualidade para inserir o julgador numa encruzilhada entre dois deveres: de um lado, a pacificação social; de outro, a implementação do direito objetivo.

A passagem da autotutela para a jurisdição se desenvolveu a partir de um imperativo de racionalização da resolução de conflitos, na tentativa de harmonizar as relações intersubjetivas conforme um critério do justo[12]. A alegoria do mito da Oréstia retrata, num contexto pós-Guerra de Troia, a necessidade de se encerrar a cadeia de vinganças privadas por meio do estabelecimento de uma espécie de tribunal colegiado no Areópago de Atenas, exercitando a competência dos crimes de sangue[13]. A substituição das Erínias, criaturas marcadas por um senso de dissídia e de ódio, por uma instância objetiva, consistente no julgamento pelos pares (e não pelos deuses), representa um imperativo de lidar com os conflitos não mais a partir de ditames divinos, mas de máximas racionais e de um justo laico.[14]

O voto de desempate da deusa Atena (Minerva, para os romanos) pela absolvição de Orestes decide um julgamento no qual a aplicação do justo se despersonalizou e passou a atender mais às necessidades sociais do que aos débitos pessoais da vingança, aproximando-se de um juízo de equidade. Não serviria, entretanto, à comunidade política somente o estabelecimento de um critério objetivo do justo a partir da vontade unificada do povo se faltasse a ela um poder impessoal de fazê-lo valer no caso concreto, mesmo que contrariamente à vontade dos envolvidos. É essa a função do *potestas iudiciaria* (Poder Judiciário) no contratualismo de Kant, atuando como elemento necessário na manutenção da liberdade dos indivíduos, ainda que submetidos a leis externas de limitação do arbítrio[15].

A correlação entre a compreensão tradicional do processo e a cosmologia contratualista, seja a rousseauniana, seja a kantiana, pode parecer um enveredamento teórico pouco pertinente, mas não é perspectiva inédita na análise do movimento proposto pela Justiça Restaurativa.[16] Não espanta que o paradigma restaurativo tenha surgido no *ethos* de comunidades tradicionais,

12 DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Teoria Geral do Processo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997

13 ÉSQUILO. Oresteia: Agamêmnon, Coéforas, Eumênides. Tradução do grego, introdução e notas de Mário da Gama Kury. 6. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

14 RÁDIO UNISINOS. Tribunal do Júri - Direito e Literatura. Participação de Aury Lopes Jr. e Lenio Streck. 2022. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=UT9fblZ6Vww. Acesso em: 26 jul. 2024.

15 KANT, Immanuel. Metafísica dos Costumes. Tradução de Clélia Aparecida Martins. Petrópolis: Vozes, 2013. P. 124

16 LIMA, Tássia Louise de Moraes. Limites do Acordo Restaurativo. Brasília: CJF, 2023. (Série de Monografias do CEJ) P. 13

[Sumário]

cujas visões possuem o mérito de capturar a singularidade de cada conflito para conceber uma solução do justo no caso concreto. Nesse sentido, as duas iniciativas desse Estado que intenta se apresentar como instância objetiva e única a responder às animosidades, impondo um critério geral e abstrato do justo (a lei) e aplicando-o à força (pelo Judiciário), não vêm desacompanhadas de riscos.

Em primeiro lugar, nem sempre o direito objetivo saberá atuar na harmonização das relações sociais. A produção normativa de uma sociedade democrática se imiscui em dinâmicas políticas que podem dar ao conteúdo da norma prescrições diferentes do que diria o justo moral, entendido este como solução equitativa do caso concreto. Na realidade, essa é das primeiras lições da distinção de Moral e Direito em Kelsen, porquanto a norma jurídica representa apenas um de todos os critérios de corretude à disposição do legislador ou da comunidade política[17]. Em outras palavras, a elevação de uma (possível) prescrição de dever ser à posição de norma válida e coativa elimina a pretensão de todas as outras para atuar impessoal e absolutamente.

Veja-se, por exemplo, a persistência na política criminal da compreensão de senso comum de que o mero aumento da intensidade da reprimenda sancionatória é forma eficiente de prevenir o crime e de buscar a harmonização das relações[18]. Embora a coação psicológica causada pela rigidez e, sobretudo, pela certeza da repressão seja um eficaz elemento de política criminal, em nada ela auxilia na restauração do tecido social após a agressão do crime. Outra opção é a tradicionalmente citada teoria retributivista ontológica de Kant na conceitualização da pena, articulada a partir da premissa de ser o crime a negação da liberdade de outrem; assim sendo, para o filósofo alemão, a atitude no sentido de negar a liberdade daquele que maculou a de outrem seria, logicamente, uma promoção da liberdade na comunidade.[19]

Ideias abstratas e generalizantes, excelentes em incorporar a racionalidade moderna, souberam colonizar de forma efetiva o direito objetivo, mas não se esquivam de, frequentemente, falharem perante o caso concreto ou de não atenderem às necessidades comunitárias que transpassam o crime como conceito meramente jurídico-formal. Apesar de crítico ao paradigma punitivo, o paradigma restaurativo sequer se propõe a resolver todos os conflitos sociais, em nada sendo tão radical quanto o abolicionismo penal. Com efeito, o paradigma restaurativo pressupõe a assunção de responsabilidade como premissa da restauração, inclusive admitindo a aplicação de pena privativa de liberdade na seara penal.[20] No entanto, gozando o paradigma restaurador de autonomia em relação aos paradigmas cível e penal, o conceito de responsabilidade também difere em cada uma dessas searas. A assunção de responsabilidade restaurativa tem natureza social, mas não necessariamente penal ou cível. Portanto, a cada seara caberá a

17 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. P. 71

18 ROXIN, Claus. Fin y Justificación de la Pena. In: Derecho Penal. Parte General. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Javier de Vicente Remesal, Joaquín Cuello Contreras. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

19 KANT, Immanuel. Metafísica dos Costumes. Tradução de Clélia Aparecida Martins. Petrópolis: Vozes, 2013. P. 137. A pena em Kant é o resultado lógico de pensar-se a lei penal como um imperativo categórico, a ser afirmado contrariamente à máxima representada pela ação criminosa que ofende a liberdade alheia.

20 LIMA, Tássia Louise de Moraes. Limites do Acordo Restaurativo. Brasília: CJF, 2023. (Série de Monografias do CEJ) P. 33

[Sumário]

apuração da existência de responsabilidade do autor do fato com base nas normas jurídicas que lhe são próprias, podendo haver ou não coincidência entre elas. Nesse sentido, longe de querer substituir o retributivismo na realidade por ele criada, o restauracionismo possui objeto diverso, que poderá sequer ser jurídico num sentido mais estrito, uma vez que[21], em outras palavras, a responsabilidade restaurativa, ao contrário das responsabilidades penal e cível, não pressupõe ilicitude da conduta, mas se articula a partir do reconhecimento da prática de um ato - lícito ou ilícito do ponto de vista jurídico-formal - que tenha causado dano ao tecido social (que sequer se trata de objeto jurídico).

Em segundo lugar, é igualmente possível que, em sendo definidos os direitos subjetivos a partir das expectativas sociais, isto é, que esse critério de justo se articule pela moral da comunidade, ainda assim não seja a adjudicação do objeto do direito a melhor forma de contemplá-los. Oferecendo pouco espaço retórico aos sujeitos envolvidos, que não se confundem com as partes em sentido processual, o caráter substitutivo da jurisdição é raramente capaz de capturar as dimensões simbólicas dos direitos envolvidos, conforme trabalha Cardoso[22]. Sob esse prisma, compreender os sentimentos e o sentido que a prática jurídica evoca nas pessoas envolvidas é comumente impossibilitado por um processo que carrega consigo uma lógica formalista, mais conformada à contestação do que à cooperação e de pouca liberdade aos participantes para proporem soluções. Por isso também é que o paradigma restaurativo aposta num senso de responsabilidade do agressor, não exatamente em sentido técnico-jurídico (*liability*), mas propriamente humano ou ético (*accountability*). Refletindo-se a dimensão simbólica da posição de vítima, deve haver um investimento moral do polo agressor em se comprometer com o fato e as consequências dele decorrentes.[23]

Assim sendo, o denominador comum de todas as técnicas alternativas à Jurisdição concebida em seu sentido clássico consiste na ideia de que nem sempre a garantia dos direitos subjetivos pela via do julgamento de lides trará a pacificação social. É com este fim que as referidas práticas concedem maior liberdade de conformação e espaço retórico aos envolvidos, para fazê-los emanar concepções de justiça mais adequadas ao caso concreto a serem aplicadas por meios menos violentos do ponto de vista institucional e menos formalistas do que a substituição da vontade pelo julgamento de mérito. Todavia, isso em nada faz desaparecer o interesse em um “juiz julgador”, visto que nem todas as missões do magistrado se resumem ao imperativo de harmonização das relações; alternativamente a esta, e, às vezes, a ela contrária, está seu dever principal de implementar o direito objetivo ao caso concreto.

21 LIMA, Tássia Louise de Moraes. Limites do Acordo Restaurativo. Brasília: CJF, 2023. (Série de Monografias do CEJ) P. 34

22 CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. A Dimensão Simbólica dos Direitos e a Análise de Conflitos. Universidade de Brasília. Revista de Antropologia, São Paulo, USP, 2010, v. 53, nº 2, p. 451-473. Disponível em: http://www.scielo.br. Acesso em: 26 jul. 2023. (P. 461).

23 BAZEMORE, Gordon; UMBREIT, Mark S. Balanced and Restorative Justice for Juveniles: A Framework for Juvenile Justice in the 21st Century. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, 1997.

[Sumário]

Num primeiro plano, chega a ser trivial dizer que a legitimidade do Poder Judiciário pressupõe a legalidade de suas decisões, (também) função para a qual foi criado. A eficácia das previsões democraticamente legisladas depende de sua observância no meio social ou, no limite, de condutas que as contradigam, mesmo que, no curso desse processo, a sociedade se mostre resistente.[24] Não se pode ser ingênuo: a sanção é elemento primordial para a construção do senso de dever. Afinal, ontologicamente, uma conduta será vista como "devida" se e quando a falta de sua realização atrair um ato de força como sanção.[25] Portanto, que o imperativo de pacificação social deverá ser sopesado pela própria obrigatoriedade das prescrições legais, ainda que (ou principalmente quando) aplicadas coercitivamente.

Felizmente, o paradigma restaurativo sabe muito bem responder a essa objeção. Como já exaustivamente afirmado, a restauração pressupõe a reparação cível e a responsabilização criminal que emanem do evento. O papel transformador representado pela superveniência de novas leis, não raramente carregadas de razões preventivas ou inibitórias, não é afastado pela realização de um procedimento menos formal ou que objetive a restauração do tecido social. É nesse sentido que compreendemos a Justiça Restaurativa como um provimento jurisdicional de terceiro gênero que não se perfaz pelo julgamento: não é este seu papel, sendo esse o lócus das jurisdições cível e criminal, nas quais o magistrado atua com toda sua autoridade (*imperium*, como detinham os pretores romanos) para fazer valer a lei. Na prática restaurativa, o magistrado carrega consigo sua autoridade na qualidade de ouvinte e de facilitador de soluções consensuais, além de dar validade às obrigações e compromissos assumidos pelo agressor e pela comunidade na restauração do fato.

Já num segundo plano, reside uma segunda indagação à qual o restauracionismo possui uma maior dificuldade de responder. Paralelamente ao compromisso por parte do Poder Judiciário com a efetividade da norma, a atividade judicante se incumbe de um dever de dar conteúdo concreto às disposições legais. O direito, entendido enquanto ordem normativa, pressupõe a necessidade de que suas previsões passem de planos mais gerais e abstratos aos detalhes e particularidades do caso concreto para que seja, ao menos compreendido. Assim, em sendo a decisão judicial um verdadeiro ato de vontade criativa, desenvolvido nos limites da moldura desenhada pela lei, fica claro que a forma de o ordenamento povoar o caso concreto é mesmo a sentença.

24 A eficácia (Sozialwirksamkeit) de uma norma para Hans Kelsen pode ser definida como a qualidade de uma prescrição de ser observada no meio social, isto é, da não verificação de condutas que se identifiquem no pressuposto fático que atrai a sanção, ou, ao menos, do sancionamento de todos aqueles que a violarem. KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Pág. 55

25 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. P. 37

[Sumário]

Essa objeção é igualmente pensada a partir do normativismo de Kelsen, excelente construto teórico para defender-se o direito tradicional-formalista, e exprime o mérito dessa perspectiva ao conceber o Direito a partir de si mesmo. Entretanto, isso não significa que deva ser a única convidada a se pensar a política judiciária, na qual outros imperativos que não lógico de lide-processo-sentença são chamados à discussão para a consecução de outros objetivos do Direito, consentâneos na ideia de bem comum. Buscaremos objetivar como o restauracionismo pode ajudar nas missões da ordem jurídica, mas, com esta seção, fica demonstrado que a Justiça Restaurativa, embora atraia um debate estrutural para a jurisdição, em nada contradiz seu compromisso existencial.

[Sumário]

O Que Se Entende Por Restaurar?

A este ponto, está razoavelmente esclarecido que, muito embora similar em termos de consensualidade e de espaço retórico, a Justiça Restaurativa não se confunde com a mediação, com a conciliação e sequer com uma mera negociação. Primeiro, pressupõe a presença do magistrado, e nisso se difere da primeira. Segundo, não se contenta com a satisfação das pretensões de direito material envolvidas por meio de acordo, e nisso se difere da segunda. Terceiro, o paradigma restaurativo efetivamente projeta seu objeto para fora da lide posta nos autos cível e penal, preocupando-se com o conflito a ela subjacente: não é que se preocupe também com o conflito que acompanha a lide, mas é que o seu objeto é em si o conflito. A fim de contextualizar o que essa proposição significa, será necessário esmiuçar como é que, afinal, o paradigma restaurativo pode ser concebido.

Diferentemente da jurisdição cível e da jurisdição criminal, aqui se opera a partir de uma perspectiva macroanalítica, situação apta a explicar a falta de unidade técnica e de objetivos da jurisdição restaurativa. Não é incomum, nesse sentido, identificar-se a Justiça Restaurativa como uma "gama de princípios" (*set of principles*)[26], construção que aponta para a reinterpretação do ato criminoso, a não mais ser visto somente pela via da violação de uma norma, mas também como uma ofensa a pessoas e a relações. A escolha das referências a princípios confere a essa perspectiva um caráter promissor, uma vez que, em sendo os princípios normas de maior generalidade e abstração, seria possível repensar-se toda a organização judiciária e o sistema processual levando-se em conta uma axiologia da restauração, atuando de fato como comando de otimização.[27]

Igualmente, a compreensão do paradigma restaurativo como uma verdadeira teoria da justiça (*theory of justice*)[28] pode ser um caminho para capturar essa abstração. Nesse sentido, sabe-se que o objetivo de toda teoria da justiça é divisar, de um lado, um critério de correção (etapa metaética) e, de outro, um procedimento de decisão (etapa de ética apriorística), para, explicitando suas premissas, eleger a ação que melhor corresponde ao fato moral por meio de argumentos (etapa de ética prática).[29] Outra proposta, advinda de Peter Singer e de seu "utilitarismo de preferências", conceitua a ética de forma mais sintética: uma justificação do agir alternativa à racionalidade empírica e instrumental, isto é, que não se contente com o utilitarismo puro.[30] Portanto, não é árdua a tarefa de identificar para o quê essas duas propostas

26 UNIVERSITY OF WISCONSIN LAW SCHOOL. About Restorative Justice. 2024. Disponível em: https://law.wisc.edu/fjr/rjp/justice.html. Acesso em: 26 jul. 2024.

27 ALEXY, Robert. Teoria discursiva do direito; organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. P. 186

28 OFFICE OF JUVENILE JUSTICE AND DELINQUENCY PREVENTION. Restorative Justice Literature Review. 2020. Disponível em: https://ojjdp.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh176/files/media/document/restorative_justice.pdf. Acesso em: 26 jul. 2024.

29 RACHELS, James; RACHELS, Stuart. The Elements of Moral Philosophy. 8. ed. New York: McGraw-Hill Education, 2015. P. 23

30 SINGER, Peter. Practical Ethics. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. P. 9

[Sumário]

abstratas apontam: o paradigma restaurativo — e, talvez, seja essa a melhor palavra — propõe uma revisão do sistema judicial a partir de um novo prisma que não o criado pela própria realidade jurídica.

Por outro lado, propostas abstratas como essas não podem desviar a discussão de uma preocupação que opera na concretude da prática e da política judiciária. Alternativamente à abordagem apriorística proposta pela ética e aos fatos morais por ela delineadores, é possível seguir outro caminho: os fatos sociais, estruturas externas aos indivíduos e coercitivas são mais eficazes em conduzir condutas e exprimem melhor o senso de reprovação social.[31] Nesse sentido, o conflito que se perfaz no crime não é entendido como anormal no contexto social, mas traduz um elemento necessário na atualização do consciente coletivo por meio da reprovação e na resposta dada pelos fatos sociais à violação da norma social. Não é diferente a conclusão dos estudos empíricos de criminologia, posto que o maior fator inibitório do crime, longe de ser a repressão estatal por meio da pena (citada por apenas 9,9% dos infratores), é o temor na "perda da moral" (41,4%), entendida a partir da frustração das expectativas sociais de conduta e precursora da estigmatização.[32]

Nesse sentido, a reparação do tecido social lesado pelo evento passa menos pela repressão estatal formalista e mais pela regeneração das expectativas comunitárias ofendidas pela conduta. Restaurar se apresenta, portanto, como uma solidificação e uma recomposição dos círculos de controle social (família, escola, religião, profissão etc.) que deveriam ter prevenido o ato praticado pelo agressor. Por isso, a preocupação do paradigma restaurativo não é exatamente na vítima e tão somente, porém aponta para a criação de um senso de responsabilidade e compromisso no agressor a partir das dinâmicas que a própria comunidade já oferece, num formato triangular não mais de autor-réu-juiz (como no processo penal), mas de comunidade, agressor e vítima, no desenvolvimento de segurança comunitária, de responsabilidade (*accountability*) e de competências múltiplas.[33]

Ante essa reflexão, não é à toa que a literatura especializada insiste na condução dos conflitos pelo paradigma restaurativo a partir de uma perspectiva não-adversarial, num processo informal e na tomada de decisão por consenso (*a nonadversaial and informal process, and decision-making by consensus*)[34]. O modelo acusatório/adversarial pressupõe uma concepção estanque dos polos da relação processual e tem suas contribuições à imparcialidade objetiva do julgador,

31 DURKHEIM, Émile. As Regras do Método Sociológico. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2007. O conceito de fato social aparece na página 13 e pode ser compreendido como: "É fato social toda maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou ainda, que é geral na extensão de uma sociedade dada, apresentando uma existência própria, independente das manifestações individuais que possa ter." (DURKHEIM, 1895).

32 NICKEL, Helena. Analysis of criminal execution involving economic crimes in Paraná, whose sentences have been replaced by service and/or pecuniary sanctions. 2019. 113 p. Master"s Degree Thesis (Master"s in Regional Development and Agribusiness) – Western Parana State University (UNIOESTE), Toledo, 2019. P. 78

33 UNIVERSITY OF WISCONSIN LAW SCHOOL. About Restorative Justice. 2024. Disponível em: https://law.wisc.edu/fjr/rjp/justice.html. Acesso em: 26 jul. 2024

34 BERGSETH, Kathleen J.; BOUFFARD, Jeffrey A. The Long-Term Impact of Restorative Justice Programming for Juvenile Offenders. Journal of Criminal Justice, 35(4), 433–51, 2007.

[Sumário]

à garantia de sua originalidade cognitiva e às garantias do acusado; entretanto, nada propõe no sentido de uma atitude cooperativa que se deve esperar até do agressor num paradigma restaurativo. Mais do que sugerir-se repensar o paradigma acusatório no sistema penal brasileiro, em tudo consentâneo à ordem constitucional de 1988, o imperativo de cooperação impõe que a Justiça Restaurativa seja concebida para fora do modelo repressivo: restaurar, por certo, não é punir, embora nele possa ter repercussões.

Ainda que se projete num escopo macroanalítico, a Justiça Restaurativa não se propõe a resolver todas as variáveis que atravessam o cometimento do ato praticado pelo agressor. Semelhante preocupação, por exemplo, exigiria políticas públicas e sociais de combate às causas atreladas à criminalidade em proporções que superam a capacidade institucional do Poder Judiciário. Assim sendo, medir sua eficiência a partir de estatísticas pode ser um ponto de partida para avaliação da sua adequação ao Judiciário que se quer construir. Entretanto, como toda evidência, possui natureza empírica e está condenada a marcar-se por contingências. Eis outra coisa que o paradigma restaurativo não é: uma panaceia ou um segurador universal de conflitos sociais.

Nesta seção, procuramos delinear o que se entende por essa prática restaurativa, que exige do magistrado uma visão mais crítica de uma magistratura (ainda) formalista, despersonalizada e hierarquizada. Mesmo que abandonar esses caracteres não seja sequer um caminho a ser considerado, a informalidade é princípio informativo do paradigma restaurativo[35], apresentando-se como premissa necessária a que os sujeitos se valham de todo o espaço retórico ofertado pela prática. Por outro lado, não se ignora a necessidade de uma tutela externa do acordo restaurativo, a ser realizada pelo próprio magistrado, a qual deverá ser levada com cautela, a fim de se evitar a desnaturação do construído pelos atores do conflito ou dos pressupostos e expectativas a partir dos quais desenvolvem suas ações e, em suma, exprimem a dimensão simbólica do conflito.

A natureza do dilema, de proporções estruturais e identitárias, parece mesmo atrair essas considerações que ponderam em sentidos contrários. É possível imaginar-se um ponto ótimo apriorística na escala dos métodos alternativos, do julgar e não do julgar? Há um interesse em julgar por privilégio da cogência mesma das normas? Embora propor soluções a problemas teóricos como estes possa parecer sedutor, mais uma vez somos acometidos pelas armadilhas da abstração: a Justiça Restaurativa acabará por ser o que a legislação, a política judiciária e a práxis judicial dela fizerem.

35 LIMA, Tássia Louise de Moraes. Limites do Acordo Restaurativo. Brasília: CJF, 2023. (Série de Monografias do CEJ). P. 87

[Sumário]

Uma outra questão a ser enfrentada antes de se prosseguir ao que o paradigma restaurativo oferece em concreto reside na convivência dessa (possível) Justiça às ações estruturais, que vem ocupando cada vez mais os debates processuais e incitando, por outra via, a discussão acerca dos limites da atuação do Poder Judiciário na garantia dos direitos. Sobretudo em países do Sul Global, essa realidade processual igualmente assume uma preocupação de escala sistêmica, normalmente se expressando em ações civis públicas de pedidos estruturais, e, ao nosso ver, não substitui a necessidade de incorporação do paradigma restaurativo. Não é incomum que, principalmente nos maiores casos, um acordo cível seja rapidamente assinado e que, portanto, as vítimas sequer sejam ouvidas num procedimento a isso destinado.

Ainda que um exame minucioso do Processo Estrutural à luz da crítica proposta pelo paradigma restaurativo resida além das pretensões deste artigo, insistimos na necessidade de examinar se as demandas de processos estruturais, mimetizando a estrutura clássica do processo, não pecariam nos mesmos pontos que ela. Nesse sentido, as causas poderiam esbarrar, mesmo que contemplando a pluralidade subjetiva exigida por essas demandas, na inabilidade de o litígio capturar a dimensão simbólica dos direitos envolvidos, a qual não raramente envolve a exigência de uma performance de vítima/atingido[36]. Questões de natureza antropológica passam a atravessar o processo quando as proporções e a qualidade dos conflitos a resolver pressupõem discursos que o processo tradicional não está preparado para contemplar[37].

36 HOURI, Andréa; OLIVEIRA, Raquel; ZUCARELLI, Marcos; VASCONCELOS, Max. O desastre no Rio Doce: entre as políticas de reparação e a gestão das afetações. In: Zhouri, Andréa; Bolados, Patricia; Castro, Eliete. (Orgs.). Mineração na América do Sul: neoextrativismo e lutas territoriais. São Paulo: Editora Annablume, 2016, pp. 45-65.

37 HOURI, Andréa; OLIVEIRA, Raquel; ZUCARELLI, Marcos; VASCONCELOS, Max. O desastre no Rio Doce: entre as políticas de reparação e a gestão das afetações. In: Zhouri, Andréa; Bolados, Patricia; Castro, Eliete. (Orgs.). Mineração na América do Sul: neoextrativismo e lutas territoriais. São Paulo: Editora Annablume, 2016, pp. 45-65. P. 32

[Sumário]

As Espécies da Jurisdição Restaurativa

Até o presente momento, intentamos servir o leitor com uma perspectiva predominante teórica de como deve ser pensada a Justiça Restaurativa e de que debates ela invoca. Embora não seja exatamente alternativo à jurisdição no mesmo sentido que as outras técnicas, mas a complemente, o paradigma restaurativo exige uma densificação metodológica para se efetivar. Nos próximos parágrafos, não nos contentaremos com expor as principais experiências da Justiça Restaurativa, mas aventaremos como elas deverão ser pensadas a partir da realidade processual brasileira para propor alterações legislativas que capturem o potencial que a prática pode oferecer.

Uma das iniciativas mais conhecidas de Justiça Restaurativa são as **Family Group Conferences (FGCs)**, originadas na Nova Zelândia para endereçar a falência do sistema de justiça infracional. Por meio de discussões facilitadas por um restaurador, reúnem-se os mais afetados pelo fato (vítima, ofensor e respectivas famílias) para compreender o impacto do delito e propor de que formas o agressor se comprometerá a restaurá-lo.[38] Assim sendo, as intervenções souberam se valer de valores consagrados nas comunidades Maori, como os de ênfase no papel da família e da comunidade em lidar com o delito, e soube alcançar resultados favoráveis na reabilitação de jovens infratores e em evitar a estigmatização.[39]

A prática, que vem recebendo alguma atenção dos principais estados americanos, se inicia quando a vítima, o agressor e os demais envolvidos são reunidos por um facilitador treinado para discussão do incidente e dos impactos dele na comunidade. O propósito dessa dinâmica consiste em fazer o ofensor encarar o impacto simbólico e humano de sua conduta, dando uma oportunidade a que a vítima expresse suas emoções, indague as causas do delito e apresente suas expectativas quanto aos compromissos a serem assumidos pelo agressor.[40] Ao fim da referida conferência, os participantes deverão acordar em como o infrator poderá desculpar-se pelo ocorrido e quais atitudes serão dele esperadas perante a comunidade; não é incomum que haja a aplicação de serviço comunitário e um enrijecimento da vistoria no seio da escola.

38 UMBREIT, Mark S. 2000. Family Group Conferencing: Implications for Crime Victims. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Office of Victims of Crime.

39 MCGARREL, Edmund F. 2001. Restorative Justice Conferences as an Early Response to Young Offenders. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention.

40 UMBREIT, Mark S. 2000. Family Group Conferencing: Implications for Crime Victims. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Office of Victims of Crime.

[Sumário]

A segunda alternativa de sucesso são as **Victim-Impact Panels**, que buscam reunir vítimas (e suas famílias) de semelhantes experiências. Comumente empregada para casos de violência doméstica ou de abuso, os painéis foram estabelecidos em penitenciárias, na intenção de que os candidatos ao livramento condicional (*parole*) assumam o compromisso de comparecer aos encontros relativos aos delitos por eles cometidos.[41] Iniciativas como essa deveriam inspirar o legislador brasileiro, num dever ainda não adimplido de densificação e objetivação dos critérios de concessão dos benefícios penais. O caso brasileiro é de grande criatividade na demarcação de critérios para o livramento ou para a progressão de regime, contudo, segue enclausurado numa perspectiva que só é capaz de visualizar o caráter do crime e o passado do agressor. Enquanto sanções premiais, a presença do agressor poderia ser utilizada para valorizar o investimento do privado de liberdade em se comprometer com o dano por ele causado e com seu processo de ressocialização.

A literatura especializada também menciona uma mediação a ser realizada entre a vítima e o agressor como procedimento de natureza restaurativa, a **Victim-offender Mediation**. O objetivo é, não só de fomentar no agressor um senso de compromisso, como nas outras técnicas, mas também de conceder à vítima uma sensação de segurança e de autoridade (*empowerment*). A técnica seria de pouca eficácia ante as circunstâncias sociais e jurídicas da criminalidade brasileira: os delitos chegados ao conhecimento do Estado pressupõem uma carga de institucionalidade maior do que a mediação pode oferecer.[42] Forçar-se uma participação da vítima num diálogo com o agressor, sobretudo na falta da presença do magistrado, igualmente se apresenta como uma violência do ponto de vista institucional.

Talvez a técnica de maior dispersão sejam os **Circle Sentencing**, inspirados em práticas de regeneração de povos originários da América do Norte, abordando o delito a partir de uma preocupação holística. No curso dos círculos, as necessidades das vítimas, das famílias e da comunidade são recebidas pelos sujeitos do processo e pelos órgãos policiais para se compreenderem as causas do que ocorreu. Ao fim, quase que num exercício de política criminal em concreto, os membros do círculo deliberarão no sentido de contemplar as expectativas dos envolvidos e firmar as obrigações a serem assumidas pelo agressor.[43]

41 OFFICE OF JUVENILE JUSTICE AND DELINQUENCY PREVENTION. Restorative Justice Literature Review. 2020. Disponível em: https://ojjdp.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh176/files/media/document/restorative_justice.pdf. Acesso em: 26 jul. 2024.

42 NICÁCIO, Camila. Mediação para a Autonomia: Alteridades em Diálogo. e-cadernos CES, 2008. Disponível em: http://www.ces.uc.pt. Acesso em: 26 jul. 2023.

43 BAZEMORE, Gordon; UMBREIT, Mark S. Balanced and Restorative Justice for Juveniles: A Framework for Juvenile Justice in the 21st Century. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, 1997.

[Sumário]

Por fim, é possível também mencionar as **Community Reparative Boards**, as quais já possuem um escopo mais ordenado a lidar com adultos após a condenação por delitos sem violência ou de reduzido potencial ofensivo. Comumente, a participação é obrigação assumida em juízo e se destina a aferir os termos do monitoramento a que será submetido o livrando, oferecendo à vítima e à comunidade a chance de proporem sanções alternativas ao seguimento do cárcere e prover ao magistrado constantes relatórios da reintegração do agressor à comunidade e de sua aplicação em reparar o dano.[44]

44 BAZEMORE, Gordon; UMBREIT, Mark S. Balanced and Restorative Justice for Juveniles: A Framework for Juvenile Justice in the 21st Century. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, 1997.

[Sumário]

Conclusão: O Que Esperar de Uma Legislação Sobre Justiça Restaurativa?

O paradigma restaurativo incorpora uma nova missão para o Poder Judiciário: paralelamente ao julgamento das pretensões penais, para o qual serve a jurisdição criminal, e não-penais, para os quais serve a jurisdição cível, ergue-se uma Jurisdição que busca seu objeto a partir da sublimação da lide processual. A fim de alcançar as causas e consequências do ato que macula o tecido social, os arranjos formais que a corporificam, mas que com ela não se confundem, tendem a apostar na consensualidade como caminho adequado à captura da dimensão simbólica do conflito. Consequentemente, enquanto as jurisdições cível e criminal possuem objetos e itinerários juridicamente definidos (a reparação obrigacional a partir do dano, para a primeira, e a reprovação do delito culminando na pena, para a segunda), a Justiça Restaurativa encontra seu objeto no senso de responsabilidade (*accountability*) assumido pelo autor do dano e nos compromissos que dele decorrerão em relação à sua comunidade. Mais do que a adjudicação ao objeto do direito à parte vencedora ou do que a restrição de direitos do culpado, o magistrado restaurador atua por meio de juízo prognóstico, facilitando acordos que visem à construção perante a comunidade de competências e de compromissos aptos à prevenção e à recomposição das relações, hábitos e pessoas atingidas pelo fato.

Nesse sentido, muito embora haja no Brasil institutos inspirados na ideia das práticas restaurativas, falta uma legislação que defina o instituto e sistematize as regras processuais e materiais de sua aplicação. Ausente, ainda, é a previsão de eventuais repercussões de uma prática restaurativa bem-sucedida nas demais searas cível e penal. Mesmo que não seja algo estritamente necessário, haja vista a autonomia das instâncias, não se pode negar, do ponto de vista axiológico, que a efetiva restauração do conflito atraia a atenção para a concessão de sanções premiais. Imagine-se, por exemplo, a aplicação de uma atenuante de pena em sentença após a realização, no iter do processo, de uma proveitosa experiência de Justiça Restaurativa; ainda que não possua o condão de reduzir a culpabilidade ínsita ao fato, poderá funcionar como verdadeira sanção premial, atendendo a imperativos de política criminal.

Em casos limítrofes, a conclusão de prática restaurativa bem-sucedida poderá ser pensada até mesmo como hipótese extintiva da punibilidade penal, notadamente quando, ante as circunstâncias, a necessidade da reprimenda penal se reduzir ao patamar no qual a restrição de direito mais ofende o tecido social do que propriamente contribui para sua preservação. Não obstante, na esfera cível, poderia servir de elemento redutor dos padrões reparatórios, privilegiando obrigações que fujam da linguagem da patrimonialidade para alcançar a dimensão simbólica do dano a ser reparado: uma derradeira e cabal retratação seria o melhor exemplo. Enfim, independentemente de se considerarem essa propostas como demasiadamente ousadas, é importante que se estabeleça um diálogo responsável e propositivo sobre a regulamentação da Justiça Restaurativa, de forma a lhe conceder a estatura jurídica devida, considerada a sua extrema relevência para a concretização da missão judicial de pacificar conflitos.

[Sumário]

Assim, a Justiça Restaurativa não deixa de ser um exercício da jurisdição, cumulativo à jurisdição cível e à criminal. Nesse sentido, ainda que não se perfaça exatamente pelo julgamento de lides, o paradigma restaurativo não abandona o perfil judicial ao exigir do magistrado uma função autoritativa, conferindo validade ao consensualmente estabelecido, e de tutela externa, a fim de aferir a real voluntariedade do condenado em participar e a adequação da reprimenda eleita ao imperativo de ressocialização.

A abertura do ordenamento jurídico brasileiro à consensualidade foi recebida pela doutrina com alguma desconfiança, advindo de um legítimo receio de que a consensualidade e as sanções premiais em verdade atuem coativamente pelos interesses da acusação.[45] Dessa objeção, extraímos a necessidade de, à luz do princípio da obrigatoriedade, a Justiça Restaurativa não se confundir com a reprimenda penal (embora nela possa produzir efeitos) e, preferencialmente, a ela se seguir. Nesse sentido, não se pode negar os méritos da Resolução proposta do CNJ, que reconhece princípios como o da voluntariedade (artigos 15, inciso I. e. 29-A, inciso I), da consensualidade (artigo 2º) e da responsabilidade (artigo 8º, §1º, inciso I, além do artigo 9º, inciso I); igualmente, atribui ao magistrado uma tarefa de coordenação da prática restaurativa em tudo consentânea ao compromisso de pacificação social (artigo 6º, inciso II).[46]

A consagração dessa carga principiológica dependerá da superveniência de lei, da virtude dos tribunais em promover a prática e do espírito ouvinte dos magistrados. É importante, ainda, definir os seus limites. Afinal, a Justiça Restaurativa não pode ser vislumbrada como uma panacéia para controvérsias sociais. Definir quais são as hipóteses que favorecem a adoção dessas práticas certamente será essencial para a melhor compreensão e para o fortalecimento do instituto.

Em suma, o compromisso de pacificação social, mais do que uma construção metafísica, deve fazer parte de todo e qualquer ato judicial que assuma a missão constitucional de fazer valer os direitos. A experiência demonstra que são diversas as jurisdições, e diversos os modos de pacificar conflitos. O paradigma da restauração completa o ciclo de tratamento dos conflitos nos casos em que a justiça cível, a justiça penal e até mesmo as práticas de conciliação evidenciam-se limitadas para oferecer efetiva reconstrução do tecido social.

45 LOPES JR., Aury. Fundamentos de Processo Penal: Introdução Crítica. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. P. 136

46 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 91, p. 28-33, 2 jun. 2016. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289. Acesso em: 30 jul. 2024.

[Sumário]

Referências Bibliográficas:

ALEXY, Robert. Teoria discursiva do direito; organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BAZEMORE, Gordon; UMBREIT, Mark S. Balanced and Restorative Justice for Juveniles: A Framework for Juvenile Justice in the 21st Century. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, 1997.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 91, p. 28-33, 2 jun. 2016. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289. Acesso em: 30 jul. 2024.

BERGSETH, Kathleen J.; BOUFFARD, Jeffrey A. The Long-Term Impact of Restorative Justice Programming for Juvenile Offenders. Journal of Criminal Justice, 35(4), 433–51, 2007.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. A Dimensão Simbólica dos Direitos e a Análise de Conflitos. Universidade de Brasília. Revista de Antropologia, São Paulo, USP, 2010, v. 53, nº 2, p. 451-473. Disponível em: http://www.scielo.br. Acesso em: 26 jul. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números. Justiça em Números, [s.d.]. Disponível em: https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-estatisticas/. Acesso em: 26 jul. 2024.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Teoria Geral do Processo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

DURKHEIM, Émile. As Regras do Método Sociológico. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DURKHEIM, Émile. A Divisão do Trabalho Social. Tradução de Luís Augusto de Araujo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ÉSQUILO. Oresteia: Agamêmnon, Coéforas, Eumênides. Tradução do grego, introdução e notas de Mário da Gama Kury. 6. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

KANT, Immanuel. Metafísica dos Costumes. Tradução de Clélia Aparecida Martins. Petrópolis: Vozes, 2013.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

[Sumário]

LIMA, Tássia Louise de Moraes. Limites do Acordo Restaurativo. Brasília: CJF, 2023. (Série de Monografias do CEJ).

LOPES JR., Aury. Fundamentos de Processo Penal: Introdução Crítica. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MCGARRELL, Edmund F. Restorative Justice Conferences as an Early Response to Young Offenders. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, 2001.

NICÁCIO, Camila. Mediação para a Autonomia: Alteridades em Diálogo. e-cadernos CES, 2008. Disponível em: http://www.ces.uc.pt. Acesso em: 26 jul. 2023.

NICKEL, Helena. Analysis of criminal execution involving economic crimes in Paraná, whose sentences have been replaced by service and/or pecuniary sanctions. 2019. 113 p. Master"s Degree Thesis (Master"s in Regional Development and Agribusiness) – Western Parana State University (UNIOESTE), Toledo, 2019.

OFFICE OF JUVENILE JUSTICE AND DELINQUENCY PREVENTION. Restorative Justice Literature Review. 2020. Disponível em: https://ojjdp.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh176/files/media/document/restorative_justice.pdf. Acesso em: 26 jul. 2024.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. V

ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Javier de Vicente Remesal, Joaquín Cuello Contreras. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

RÁDIO UNISINOS. Tribunal do Júri - Direito e Literatura. Participação de Aury Lopes Jr. e Lenio Streck. 2022. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=UT9fblZ6Vww. Acesso em: 26 jul. 2024.

RACHELS, James; RACHELS, Stuart. The Elements of Moral Philosophy. 8. ed. New York: McGraw-Hill Education, 2015.

SINGER, Peter. Practical Ethics. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

UNIVERSITY OF WISCONSIN LAW SCHOOL. About Restorative Justice. 2024. Disponível em: https://law.wisc.edu/fjr/rjp/justice.html. Acesso em: 26 jul. 2024.

UMBREIT, Mark S. 2000. Family Group Conferencing: Implications for Crime Victims. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Office of Victims of Crime.

[Sumário]

ZHOURI, Andréa; OLIVEIRA, Raquel; ZUCARELLI, Marcos; VASCONCELOS, Max. O desastre da mineração no Rio Doce, Brasil: entre a gestão da crise e a política das afetações. Vibrant: Virtual Brazilian Anthropology, v. 14, n. 2, 2017. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/1809-43412017v14n2p081. Acesso em: 26 jul. 2023.

ZHOURI, Andréa; OLIVEIRA, Raquel; ZUCARELLI, Marcos; VASCONCELOS, Max. O desastre no Rio Doce: entre as políticas de reparação e a gestão das afetações. In: Zhouri, Andréa; Bolados, Patricia; Castro, Eliete. (Orgs.). Mineração na América do Sul: neoextrativismo e lutas territoriais. São Paulo: Editora Annablume, 2016, pp. 45-65.

[Sumário]

Artigo

A Interpretação Econômica do Direito e os Crimes Tributários

Tax Crimes And The Economic Analysis Of Law

Charles Soares de Oliveira
Engenheiro Civil (UFPR)
Bacharel em Direito (PUC/SP)
Mestrado Profissional em Administração Pública (FGV/EBAPE)
Doutorando em Políticas Públicas (ENAP)

Marcelo Carita Correra
Bacharel em Direito ((PUC/SP)
Especialização em Direito Tributário (PUC/SP)
Especialização em Direito Penal Econômico(FGV/SP)
Mestrado em Direito Penal (PUC/SP)
Doutorando em Direito Processual Penal (PUC/SP)

[Sumário]

A Interpretação Econômica do Direito e os Crimes Tributários

Tax Crimes And The Economic Analysis Of Law

Sumário: Introdução; 1. Norma jurídica e eficácia; 1.1. Parâmetros para aplicação do punitive damages; 2. Crimes tributários e o punitive damages; 3. Pesquisa empírica e eficácia normativa; Conclusão; Referências.

Resumo: Este artigo buscou, tendo como premissa a interpretação econômica do direito, propor modificações legislativas capazes de garantir a eficácia das normas jurídicas de prevenção e punição a sonegação fiscal e outras infrações penais de ordem tributária material. Realizou-se, majoritariamente, pesquisa qualitativa pelo método lógico-dedutivo, com revisão bibliográfica de autores nacionais e estrangeiros. Houve, ainda, a utilização de dados recolhidos de pesquisas quantitativas sobre sonegação fiscal. Realizou-se análise da interpretação econômica do direito, do crime tributário material, bem como do punitive damages, instituto do common-law. A análise permitiu determinar que a evasão fiscal decorrente de crimes tributários é capaz de afetar o equilíbrio fiscal do Estado, com efeitos deletérios em toda a sociedade. Foi possível determinar que, apesar da redução da sonegação fiscal no Brasil em função do aprimoramento da fiscalização, a introdução do punitive damages no ordenamento pátrio seria instrumento eficaz para, mediante a aplicação das premissas da interpretação econômica do direito, impedir a evasão fiscal decorrente de crimes tributários. A pesquisa empírica quantitativa forneceu suporte para a proposta de mudança legislativa, bem como é instrumento útil para comprovar se a mudança legislativa, uma vez implementada, será capaz de ter a eficácia almejada.

Palavras-Chave: Multa Punitiva. Sonegação Fiscal. Análise Econômica. Transplante Legislativo. Eficácia normativa.

Abstract: This paper, based on the premise of the economic interpretation of the law, sought to propose legislative changes to ensure the effectiveness of the legal norms for preventing and punishing tax evasion and other criminal offenses of material tax nature. Mostly, qualitative research was carried out using the logical-deductive method, with a bibliographical review of national and foreign authors. There was also the use of data collected from quantitative research on tax evasion. An analysis of the economic interpretation of the law, the material tax crime, as well as the punitive damages, common-law institute, was carried out. The analysis made it possible to determine that tax evasion resulting from tax crimes can affect the fiscal balance of the State, with deleterious effects on society. It was possible to determine that, despite the reduction of tax evasion in Brazil due to the improvement of inspection, the introduction of punitive damages in the country's legal system would be an effective instrument to, through the application of the premises of the economic interpretation of the law, prevent tax evasion resulting from tax crimes. Quantitative empirical research provided support for the proposed legislative change, as well as being a useful instrument to prove whether the legislative change, once implemented, will be able to have the desired effectiveness.

Keywords: Punitive Damages. Tax Evasion. Law and Economics. Legal Transplant. Legal Enforcement.

[Sumário]

Introdução

O tema desenvolvido neste estudo refere-se à aplicação da interpretação econômica do direito para a criação de normas jurídicas capazes de promover eficaz repressão aos crimes tributários (foi adotada a expressão sonegação fiscal *lato sensu* para os crimes tributários materiais, incluindo as contribuições previdenciárias). Para delimitação do objeto de estudo, não foram analisados os crimes tributários formais, que demandam análise específica.

A pesquisa buscou averiguar a possibilidade da interpretação econômica do direito fundamentar mudanças legislativas capazes de garantir o *enforcement* das normas que combatem a sonegação fiscal (hipótese de pesquisa). Utilizou-se, primordialmente, de pesquisa qualitativa, pelo método lógico-dedutivo, com fundamento em revisão de bibliografia de autores nacionais e estrangeiros. Houve, ainda, o recurso à pesquisa empírica quantitiva para determinar o nível de sonegação fiscal no Brasil, a eficácia das normas legais e a necessidade de introdução de novos instrumentos jurídicos.

O primeiro capítulo foi dedicado à definição dos marcos teóricos do trabalho, especialmente a interpretação econômica do direito e a eficácia normativa, de forma a compreender os efeitos do primeiro instituto sobre o segundo. Ao final do capítulo, tratou-se do *punitive damages*, sua correlação com a interpretação econômica do direito e seus parâmetros no *common-law* dos Estados Unidos.

O segundo capítulo analisou a correlação entre sonegação fiscal e equilíbrio fiscal do Estado, bem como as vantagens decorrentes da atividade ilícita para os agentes (utilização dos recursos desviados para finalidades próprias e por longo período). O estudo utilizou pesquisa empírica quantitativa para averiguar a possível correlação entre o aumento da fiscalização e a redução da sonegação fiscal no Brasil.

Foi possível concluir que o índice de sonegação fiscal no Brasil vem sofrendo redução em função do aumento da fiscalização, o que confirma a eficácia da interpretação econômica do direito e permite propor a ampliação da utilização do referido instituto para obtenção de melhor eficácia normativa.

O terceiro e último capítulo analisou a pesquisa empírica quantitativa, com ênfase na ‘jurimetria’. Concluiu-se que a metodologia de pesquisa quantitativa é capaz de determinar a eficácia de políticas públicas e constitui instrumento útil para, implementada a proposta legislativa aqui exposta, verificar sua eficácia.

Diante da interpretação dos dados coletados, o presente artigo formulou proposta de transplante do instituto do *punitive damages*, que adota a interpretação econômica do direito como premissa, para o Brasil, como forma de combate aos crimes tributários. Determinou-se, ainda, modelo de pesquisa empírica quantitativa para mensurar a eficácia da proposta apresentada, caso implementada.

[Sumário]

Norma Jurídica e Eficácia

Kelsen (1915, p. 839/876) afirma que aquilo que os seres humanos fazem e aquilo que, por força do direito, devem fazer são, necessariamente, coisas formalmente distintas, mesmo no âmbito do direito consuetudinário.

Ehrlich (1967, p. 09) entende que “regras da conduta humana universal” não são apenas regras do ser, mas também regras de ‘dever-ser’, isto é, são normas. O autor adota a premissa de que o direito ‘nasce’ na sociedade, dos costumes, e não de um direito estatal que, ao invés de seguir a trajetória de todo o direito associativo, isto é, buscando sua legitimação pela obrigatoriedade dos costumes, recorre à força (ameaça de sanção), caso suas determinações não sejam cumpridas.

Não se quer significar que, para o ‘direito vivo’ (criado e modificado na própria sociedade), a sanção não existiria ou seria irrelevante. Há sanção em decorrência da violação da norma, mas o fundamento da sua aplicação não decorre de um suposto poder estatal que busca monopolizar e ditar as normas de convivência. O suporte é exatamente o costume, vale dizer, o acolhimento da regra como obrigatória pela própria sociedade.

Seria possível questionar, diante da divergência apresentada, se o conjunto normativo deve ser considerado como a institucionalização de costumes sociais tidos como obrigatórios ou se é formado por normas criadas e impostas pelo Estado, com a finalidade de moldar comportamentos.

Diante da análise de Munanga (1996, p. 79-94) sobre a adoção das ‘ações afirmativas’, inclusive com mudanças na legislação sobre relações de trabalho, pode-se afirmar que a lei promoveu mudanças nas relações sociais entre os diferentes grupos.

Apesar da necessidade de igualdade racial ser fruto de uma consciência coletiva, a análise revela que as normas de direito são necessárias para que essa consciência seja efetivada. Logo, ainda que seja possível reconhecer um movimento social tendente a combater o racismo, as mudanças somente foram efetivadas mediante ação do direito.

A mesma conclusão é extraída quando se verificam, no Brasil, as notórias modificações sociais decorrentes da criação de normas jurídicas voltadas à igualdade racial, como a norma de abolição da escravatura (BRASIL, 1888).

Admitindo o potencial de intervenção do direito na sociedade, é preciso voltar os olhos para, como afirmam Fisse e Braithwaite (1993, p. 218), o protagonismo das pessoas jurídicas na sociedade contemporânea. O acúmulo de capitais e conhecimentos tornou as pessoas jurídicas os protagonistas econômicos e sociais da atualidade (CORRERA, 2021, p. 11), inclusive no volume de recursos financeiros movimentados e tributos que, potencialmente, podem ser sonegados, atraindo a atenção do legislador para a atuação da pessoa jurídica. Martín (2008, p. 183) afirma a necessidade de criação de pessoas jurídicas cumpridoras das normas, ou seja, ressalta a necessidade de comportamento conforme o direito, em termos análogos ao comportamento da pessoa física.

[Sumário]

Contudo, mesmo adotando a premissa de que as normas jurídicas podem promover mudanças no comportamento do corpo social (inclusive a pessoa jurídica), não basta criá-las e aguardar que a simples promulgação seja capaz de promover os comportamentos almejados pelo direito (PEREIRA; IANNI; CORRERA, 2022, p. 262).

Além da criação de normas (sejam normas de Direito Penal ou de outra seara), é preciso criar mecanismos jurídicos capazes de garantir a eficácia normativa. É necessário estabelecer sanções capazes de induzir os comportamentos desejados.

A interpretação econômica do direito, que pode ser creditada a Posner (1983, passim) com suporte em Becker (1974, passim), é instituto jurídico, em tese, capaz de criar sanções que gerem um desincentivo à prática do delito, de forma a que o agente racional não tenha estímulos à prática de crimes (PEREIRA; IANNI; CORRERA, 2022, p. 262).

Kornhauser (2017, passim) afirma que:

> "A análise econômica do direito utiliza as ferramentas da teoria microeconômica para estudar as regras e instituições jurídicas. As várias abordagens e projetos de análise econômica do direito compartilham, portanto, um núcleo comum. Esse núcleo consiste na concepção de ação racional no centro da teoria microeconômica. Ação racional em economia significa que cada agente age para maximizar suas 'preferências' em qualquer ambiente em que se encontra." (tradução nossa).

A premissa adotada pelo instituto jurídico em questão pode ser objeto de crítica. A afirmação de que o potencial sujeito ativo de um crime é racional e que, diante da sanção cominada, será capaz de realizar um cálculo da relação de custo e benefício decorrente da prática do delito é um 'dogma' que não possui suporte na realidade. Há situações em que o crime decorre de impulsos ou reações puramente emocionais (crimes passionais, por exemplo), nos quais, apesar de ainda presente o livre-arbítrio, não se pode afirmar que o autor tenha, previamente à prática da conduta ilícita, realizado um juízo de valor sobre os custos e os benefícios da prática do crime.

A interpretação econômica do direito, apesar de não ser um instituto capaz de garantir o cumprimento de todas as normas jurídicas, é instrumento útil para o objeto de estudo do presente artigo, qual seja, os crimes tributários materiais, especialmente quando praticados por pessoas jurídicas com finalidade lucrativa.

A sonegação fiscal lato sensu envolve, especialmente no âmbito empresarial, os benefícios decorrentes do não pagamento do tributo devido. Afinal, não haveria utilidade em agir de forma ilícita, frustrando a arrecadação tributária, se o pagamento regular de tributos fosse mais benéfico.

Allingham e Sandmo (1972, passim) aplicaram a interpretação econômica do direito para os casos de crimes tributários e obtiveram resultados que, em nosso entender, demonstram que os agentes realizam um cálculo do custo e do benefício do delito.

[Sumário]

O instituto do *punitive damages*, que adota a interpretação econômica do direito como premissa, é um instrumento capaz de garantir o cumprimento das normas voltadas ao combate aos crimes tributários, na medida em que vai operar exatamente na relação de custo e benefício da ação delitiva. O referido instituto consiste, segundo Resedá (2008, p. 228), em uma:

> "espécie de indenização; busca-se imputar ao sujeito ativo, além da necessidade de responder perante os prejuízos reais causados compensando a vítima, arcar com a determinação ao pagamento de um valor majorado. Eles são uma maneira de punir o réu em uma ação civil a partir do ideal de que os danos provocados à pessoa lesada podem ser satisfeitos mediante a imposição de um valor suplementar àquele considerado adequado para suprir o agravo provocado."

O acolhimento da interpretação econômica do direito pelo *punitive damages* pode ser comprovado diante do caso FORD-PINTO (SILVEIRA, 2018, p. 122/125) nos Estados Unidos da América, onde documentos internos emitidos pela própria empresa (FORD) demonstraram que se optou por vender e manter em circulação carros defeituosos (BIRSCH; FIELDER, 1994, p. 28), pois julgou-se economicamente mais vantajoso, mesmo diante do risco de mortes e pagamento de indenizações (PEREIRA; IANNI; CORRERA, 2022, p. 268).

Em Grimshaw V. Ford Motor (UNITED STATES, 1981, passim), houve a condenação no montante de US$125.000.000,00 (cento e vinte e cinco milhões de dólares) a título de *punitive damages*, de forma a retirar qualquer vantagem econômica decorrente da ilícita decisão da empresa.

[Sumário]

Parâmetros para aplicação do *punitive damages*

Andrade (2009, p. 178/180) noticia que:

> "a mais remota indenização punitiva no direito inglês ocorreu no Século III, com o Estatuto de Gloucester de 1.278, que estabelecia indenização triplicada (*treble damages*) nas ações de recuperação de imóveis danificados por locatários ou arrendatários (*action of waste*)".

Nos Estados Unidos da América, país de direito costumeiro, não há legislação federal sobre o tema. Os pressupostos e requisitos são diferentes em cada Estado e foram construídos ao longo dos casos judiciais precedentes (GATTAZ, 2016, p. 45)

O primeiro enfrentamento do instituto na sociedade norte-americana contemporânea se deu no caso *Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal* (UNITED STATES, 1989, passim), tratando dos limites da multa na relação entre particulares. A Suprema Corte determinou que não haveria, na Constituição, impedimento para aplicação do *punitive damages* em demanda entre particulares, sendo certo que a vedação à multa excessiva é uma garantia do cidadão frente ao Estado.

No caso *Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip* (UNITED STATES, 1991, passim) a Suprema Corte rejeitou os argumentos de inconstitucionalidade e afirmou que o instituto, por si só, não é incompatível com o devido processo legal.

Em *TXO Production Corp. v. Allliance Resources Corp.* (UNITED STATES, 1993, passim) a Suprema Corte foi instada a se manifestar sobre um valor a título de *punitive damages* que seria manifestamente excessivo (PEREIRA; IANNI; CORRERA, 2022, p. 265). Afirmou que, se constatado um valor grosseiramente excessivo, a sanção é ilegal.

Em linha com esse julgamento, no caso *BMW of North America, Inc. v. Gore* (UNITED STATES, 1996, passim), houve o reconhecimento da inconstitucionalidade do instituto (para o caso concreto), na medida em que o valor fixado era 500 (quinhentas) vezes maior que o valor do dano. Diante da desproporção do montante da multa punitiva aplicada, a Suprema Corte afastou, no caso concreto, a aplicação do instituto (PEREIRA; IANNI; CORRERA, 2022, p. 266).

Em *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell* (UNITED STATES, 2003, passim), diante do valor notoriamente excessivo, a Suprema Corte anulou a imposição da sanção. É possível interpretar que, no precedente, foi estabelecido que a relação entre danos materiais e *punitive damages* não deveria ultrapassar um dígito, ou seja, a relação 9:1 (nove para um) seria o teto da multa punitiva. Por fim, no caso Philipp Morris USA v. Williams (UNITED STATES, 2007, passim), a Suprema Corte invalidou a sanção, na medida em que a quantificação da multa levou em consideração os potenciais consumidores afetados, sem autorizar o exercício do contraditório e ampla defesa (PEREIRA; IANNI; CORRERA, 2022, p. 267).

[Sumário]

No caso *Exxon Shipping Co. v. Baker* (UNITED STATES, 2008, passim) a Suprema Corte determinou que o limite para o *punitive damages* seria o valor da indenização a título de dano material; vale dizer, uma relação 1:1 (um para um) com o dano material seria o limite da multa punitiva. O julgado não pode ser tido como uma mudança de orientação, na medida em que teve como pano de fundo leis marítimas.

Em *Johnson & Johnson v. Gail Ingham* (UNITED STATES, 2021, passim) a Suprema Corte não conheceu do argumento de que a multa punitiva teria sido fixada em valor desproporcional, violando os precedentes citados e o devido processo legal. Não realizou uma reavaliação do caso concreto em face dos procedentes citados, o que implicou a manutenção da decisão recorrida.

A proposta teórica a ser tratada no próximo capítulo envolve o transplante do *punitive damages* para o sistema de prevenção e repressão aos crimes tributários. Não desconhecemos as dificuldades da aplicação de um instituto do *common-law* em um regime de direito continental, conforme a obra de Watson (1993, passim). É por essa razão que Peters e Schwenke (2000, passim) reforçam a necessidade de contextualizar o estudo envolvendo regimes jurídicos distintos com a cultura legal de cada país.

[Sumário]

Crimes Tributários e o *Punitive Damages*

O ordenamento jurídico pátrio criou tipos penais destinados a punir a prática de atos voltados a impedir a arrecadação de tributos. Os artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90 (BRASIL, 1990), bem como os artigos 168-A (apropriação indébita previdenciária) e 337-A (sonegação de contribuição previdenciária) do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940) são exemplos (CORRERA, 2020, p. 235). Os tipos penais não punem o mero inadimplemento do valor devido. O que se pune é a conduta dolosa, o engodo e a fraude destinados a frustrar a legítima incidência tributária.

A temática da arrecadação de tributos e equilíbrio fiscal envolve o 'Consenso de Washington', que pode ser definido como um estudo voltado a diagnosticar os vícios macroeconômicos de economias em desenvolvimento e propor soluções (CORRERA, 2020, p. 226). Bresser-Pereira (1991, p. 6/9) explica que, de acordo com o 'Consenso', uma das principais causas dos problemas macroeconômicos das economias em desenvolvimento é a incapacidade de controlar o déficit público, gerando endividamento não sustentável no longo prazo.

O endividamento não sustentável decorrente de déficit fiscal gera, no longo prazo, a total estagnação da economia (MANKIW, 2015, p. 4562), mas, sobretudo, causa inflação da base monetária, aumentando os problemas macroeconômicos, na medida em que, atingida a capacidade de endividamento, o Estado simplesmente emite moeda, gerando inflação. Há, portanto, no longo prazo, uma correlação entre déficit público e inflação.

Friedman (1994, p. 193/194) ensina que:

> "a inflação é, primordialmente, um fenômeno monetário provocado por um crescimento mais rápido da quantidade de moeda do que da produção. O comportamento da quantidade de moeda é o sócio principal, o comportamento da produção é o sócio minoritário".

Resende (2017, passim) coloca em debate a relação da emissão de moeda com a inflação da base monetária, especialmente o efeito de aumento generalizado de preços. Afirma que, na economia atual, os efeitos inflacionários não são determinados pela emissão de moeda em montante superior à riqueza produzida, mas sim pela taxa básica de juros da economia. É essa taxa que vai regular a inflação, alterando a velocidade das trocas na economia em função da relação entre oferta e demanda. Cita, como exemplo de sua afirmação, o que houve nos Estados Unidos após a notória crise de 2008, quando o Banco Central daquele país emitiu grande quantidade de moeda, sem que essa emissão (a maior de toda a história até a crise da Covid-19) tenha gerado inflação. O mesmo autor afirma que, mesmo com o aumento do endividamento público em diversos países em função da crise sanitária decorrente da Covid-19, não houve inflação em decorrência da emissão monetária, mas sim por falhas na cadeia de produção (RESENDE, 2022, passim).

[Sumário]

A fundamentação acima exposta, na verdade um ensaio ainda não finalizado pelo citado autor, pode ser correta. Contudo, sua aplicação, em nosso entender, refere-se, somente, à economia dos Estados Unidos, uma vez que o dólar americano não é uma simples moeda fiduciária e sim uma reserva de valor mundial (RICKARDS, 2014, passim). Portanto, a especificidade do dólar americano permite a conclusão do autor, mas impede que essa fundamentação seja utilizada em países como Brasil ou Argentina.

Como afirmado, na hipótese de déficit público, é possível ao Estado contratar empréstimos para fazer frente às despesas, mesmo que correntes. A Constituição Federal de 1988, por meio do artigo 167, III (BRASIL, 1988), criou a chamada 'regra de ouro' do orçamento, que, em princípio, impede o endividamento para o pagamento das despesas correntes (CORRERA, 2020, p. 234). Referido dispositivo é contestado junto ao Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2022) onde, em dezenove de maio de dois mil e vinte e dois, foi publicado acórdão (ainda não transitado em julgado) que, em interpretação conforme à Constituição, foi estabelecido que não há impedimento para contratação de empréstimos para custeio, mas somente impedimento para contratação que exceda o montante das despesas de capital.

Ocorre que, ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha concedido interpretação que amplie a possibilidade de endividamento, há um limite da capacidade do Estado de contrair empréstimos (MANKIW, 2015, p. 4466). O financiamento do Estado por meio de emissão de títulos da dívida pública implica a necessidade de pagamento de juros. Se o déficit for pequeno ou a relação dívida/produto interno bruto (PIB) estiver em percentual reduzido ou mediano, as taxas de juros cobradas serão diminutas (CORRERA, 2020, p. 228). Quando a relação dívida/PIB aumenta, os credores passam a ver risco de inadimplência (sobretudo as contraídas em moedas de outros países), obrigando o Estado a reduzir gastos ou aumentar tributos (muitas vezes é necessário adotar as duas medidas em conjunto) para suportar os acréscimos no pagamento de juros (MANKIW, 2015, p. 4567).

Caso a capacidade de endividamento seja atingida, o Estado somente conseguirá manter suas atividades se reduzir a expansão do gasto público. Caso contrário, haverá a necessidade de paralisação das atividades ou mesmo a emissão de moeda para quitação de dívidas contraídas na moeda nacional, de forma a manter o sistema de financiamento por meio de dívidas, gerando inflação da base monetária.

A emissão de moeda pelo governo também não se mostra uma solução, na medida em que, conforme explicitado, gera inflação e colapso do próprio sistema de dívida pública, na medida em que os investidores passam a não aceitar títulos de crédito em uma moeda instável e desvalorizada, fenômeno que, em termos gerais, se deu na crise Argentina e mesmo no Brasil antes do 'Plano Real' (DAMAS, 2017, passim).

[Sumário]

Note-se que, com o efeito inflacionário da emissão de moeda, nem mesmo elevadas taxas de juros são suficientes para convencimento dos investidores em manter o financiamento da dívida, na medida em que boa parte do índice de juros é consumido para manter o poder aquisitivo da moeda (FISHER, 2011, passim), o que pode ocasionar, em termos reais, o pagamento de juros negativos. É neste momento em que, independentemente das restrições jurídicas, há o esgotamento da capacidade de endividamento, na medida em que os agentes financeiros simplesmente decidem não mais emprestar recursos a determinado Estado.

Verifica-se, portanto, que a sonegação fiscal lato sensu afeta um pilar fundamental do equilíbrio fiscal, qual seja, a estabilidade da arrecadação, na medida em que, frustrada a legítima expectativa de arrecadação, somente resta o financiamento do déficit público nos termos explicitados. O ordenamento jurídico pátrio optou, por meio da Lei Federal nº 10.684/2003, em criar uma causa de extinção da punibilidade penal consistente no pagamento do tributo devido e acessórios (MACHADO, 2015, passim).

Essa sistemática também é acolhida na Alemanha, no Código Tributário (*Abgabenordnung* – AO), no §371 (ALEMANHA, 1977). Contudo, cabe destacar a crítica no sentido de que "lá (Alemanha) só ocorre enquanto não tiver havido iniciativa das autoridades. Sua inspiração, portanto, é para trazer a lume o que está oculto. No Brasil, com a possibilidade indistinta, inclusive após o trânsito em julgado penal, incentiva-se ainda mais a prática delitiva" (MENDES; AMARAL, SOUZA, 2021, p. 39).

Se essa sistemática busca incentivar a arrecadação, por outro lado pode servir como estímulo ao descumprimento da lei, na medida em que cria uma causa de extinção da punibilidade que, ao fim e ao cabo, depende somente da vontade do próprio agente, que pode, inclusive, decidir o melhor momento para exercê-la.

Cais afirma (2004, p. 710) que o "afrouxamento da legislação penal tributária e da repressão dos crimes fiscais em geral, [...] vem na contramão do discurso que preconiza a adoção de medidas drásticas de ajuste fiscal".

Ziembowicz (2018, p. 206), ao tratar da interpretação econômica na sonegação fiscal, afirma que, no Brasil, diante da legislação em vigor, em média: "o infrator terá cerca de 12 anos e 6 meses para utilizar os recursos financeiros que não usou para pagar os tributos (mediante sonegação fiscal) como bem lhe aprouver".

A disponibilidade financeira do valor sonegado aliado à possibilidade de extinção da punibilidade com o pagamento, a qualquer tempo, do tributo e dos acessórios, permite afirmar que a legislação vigente termina por incentivar e não reprimir a sonegação fiscal lato sensu.

[Sumário]

Há vantagens para aqueles que optam pela sonegação, especialmente em função do prazo de disponibilidade do produto do crime e da possibilidade de extinção da pena a qualquer momento. Afinal, se "são descobertos e sofrem os gravames administrativos mais elevados (multas e juros) previstos na legislação tributária, [...] em razão do enorme interregno que separa o prazo legal para pagar e o derradeiro momento de ser levado ao cárcere" (MENDES; AMARAL, SOUZA, 2021, p. 38) a operação é vantajosa. Ademais, é mais interessante, financeiramente, praticar sonegação, mesmo arcando com multa agravada, a tomar recursos no mercado financeiro (MENDES; AMARAL, SOUZA, 2021, p. 38).

Há estudo empírico utilizando o método quantitativo (IBPT, 2020) que indica que o faturamento não declarado pelas empresas, no Brasil, é de, aproximadamente, dois trilhões e trezentos milhões de reais por ano. A estimativa dos tributos sonegados pelas empresas é da ordem de quatrocentos e dezessete bilhões de reais por ano. O mesmo estudo revela que, em 2002, o índice de sonegação era de 32% (trinta e dois por cento), crescendo para 39% (trinta e nove por cento) em 2004 e em seguida caindo para 25% (vinte e cinco por cento) em 2009 e, em 2019, para 15% (quinze por cento). O mesmo estudo (IBPT, 2020) aponta uma consistente ampliação da fiscalização, inclusive com o aumento significativo das autuações fiscais nos últimos anos (entre 2018 e 2019 houve um crescimento de 145,6% - cento e quarenta e cinco e seis décimos por cento) na quantidade de autos de infração emitidos pela Receita Federal do Brasil.

Os dados acima apontados permitem realizar a correlação entre o aprimoramento no sistema de fiscalização e a redução do índice de sonegação. Contudo, é preciso reconhecer que o índice atual (data de corte da análise em 2019) e o montante total sonegado a cada ano ainda são elevados e causam prejuízos ao país que, notoriamente, apresenta dificuldades na manutenção do equilíbrio fiscal.

Os dados analisados também permitem constatar que o aumento na probabilidade de sofrer sanção (ainda que somente de cunho administrativo) funciona como estímulo ao cumprimento da norma, em linha com as premissas da interpretação econômica do direito.

Diante do ainda elevado índice de sonegação fiscal apontado pelo citado estudo (15% - quinze por cento - para 2019), bem como a demonstração da eficácia de medidas que tornem o ilícito desvantajoso ao agente (seja em função do aumento da pena ou da probabilidade de ser aplicada a sanção), o presente trabalho formula proposta de mudança legislativa, com fundamento na interpretação econômica do direito, para promover a considerável redução do fenômeno no país. A proposta envolve o transplante do *punitive damages* para os casos de sonegação fiscal *lato sensu.*

É possível preservar a opção do Brasil por privilegiar a arrecadação em detrimento da sanção penal. Vale dizer, é possível manter a extinção da punibilidade penal em caso de pagamento, a qualquer tempo, do tributo e acessórios. Mas, para promover o *enforcement* das normas de combate à sonegação fiscal, é preciso incluir uma sanção (multa indenizatória), nos mesmos moldes do *punitive damages* do *common-law* e que referida multa não seja afastada diante da extinção da punibilidade penal.

[Sumário]

O primeiro passo da proposta é determinar a responsabilidade penal da pessoa jurídica pelos crimes de sonegação fiscal lato sensu, estabelecendo igual tratamento entre pessoas físicas e jurídicas, bem como trazendo a força do direito penal em face das entidades que, na sociedade contemporânea, possuem crescente relevância econômica, inclusive no que tange à arrecadação de tributos.

Há interpretação do texto magno que permite afirmar que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, no Brasil, não estaria restrita aos delitos ao meio ambiente e à ordem econômico-financeira. Haveria autorização para o legislador ordinário criar tipos penais envolvendo quaisquer ramos compatíveis com a natureza da pessoa jurídica, conforme afirmação de Nucci (2017, passim). Assim, seria possível ao legislador determinar a responsabilidade penal do ente coletivo nos delitos tributários. Anote-se posição contrária de Santos (2010, p. 267) quanto à amplitude aqui exposta da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil.

Após a inclusão da pessoa jurídica como sujeito ativo dos crimes tributários, haveria a necessidade de modificação legislativa para determinar que, verificado o fato típico, haveria a instauração de processo judicial para aplicação de multa indenizatória. Esse procedimento seria instaurado de forma apartada e julgado em conexão com o processo criminal instaurado em face das pessoas físicas e jurídicas envolvidas, mas não seria encerrado em caso de extinção da punibilidade criminal. Trata-se de sanção autônoma, de natureza não penal, a ser aplicada aos sujeitos ativo do crime, mesmo diante da extinção da punibilidade da sanção penal em função do pagamento.

Seria possível utilizar as disposições da Lei 12.846 de 2013 (BRASIL, 2013), lei anticorrupção, artigos 19 a 21, como paradigma para a criação de um processo judicial de responsabilização. Há viabilidade na estipulação de medidas sancionatórias de natureza não penal, tais como a interdição e extinção da pessoa jurídica, na hipótese de reiteração e de ineficácia da multa punitiva anteriormente aplicada.

Quanto à quantificação da multa, além dos parâmetros já apontados pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que devem ser observados no Brasil para garantia do devido processo legal e da vedação ao confisco, o novo normativo pode ter como paradigma os artigos 6º e 7º da lei anticorrupção (BRASIL, 2013), de forma que a multa punitiva tenha em conta o valor do faturamento bruto da pessoa jurídica ou da renda anual da pessoa física.

A proposta envolve uma inovação em relação à autoridade competente para imposição da multa administrativa. Enquanto o normativo pátrio citado como paradigma (lei anticorrupção) permite a imposição de multa pela autoridade administrativa, a proposta aqui defendida implica a atuação do Poder Judiciário, o que possibilita, em caso de inviabilidade da referida sanção (multa), a aplicação direta de pena de interdição ou mesmo extinção da pessoa jurídica envolvida na sonegação fiscal, desde que referidas sanções sejam incluídas no novo normativo.

[Sumário]

Importante destacar que essa imposição de multa pelo Poder Judiciário é um transplante da legislação italiana. O Decreto 231/01 (ITÁLIA, 2001) criou um regime que não pode ser tido como de direito penal, na medida em que não criminaliza conduta do ente coletivo. Trata-se de um sistema 'semi-penal' (ITÁLIA, SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE, 2006), conforme a opinião de Selvaggi (2006, p. 55). Em sentido contrário, posição que não acolhemos, cite-se Carmona (2002, p. 208), que defende a natureza penal da referida legislação.

Sacerdo (2014, p. 177) pondera que a norma italiana define "como administrativa a responsabilidade da pessoa jurídica por delitos, embora processável pelo juiz penal competente para conhecer dos crimes respectivos imputados às pessoas físicas". Conforme Osório (2020, p. 97), em casos excepcionais determinados em lei, a aplicação da sanção pela autoridade judicial não retira a natureza administrativa da punição.

Julgamos que essa proposta seria capaz de, sem prejudicar a arrecadação (a extinção da punibilidade penal diante do pagamento permaneceria vigente), criar um sistema que, além de respeitar o contraditório e a ampla defesa, possibilitaria impor sanção para retirar as vantagens do crime e dissuadir o agente da prática de novos atos, tudo em consonância com a interpretação econômica do direito.

Por fim, diante da Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2009), que determina que a persecução penal dos crimes tributários materiais demanda a constituição definitiva do crédito, haveria a necessidade de aprimoramento dos órgãos de fiscalização para redução do tempo necessário para finalização desse procedimento, evitando a criação de um longo período entre a data da sonegação e a data da efetiva punição, uma vez que a demora na aplicação da pena pode ser considerada como desestímulo ao cumprimento da lei.

[Sumário]

Pesquisa Empírica e Eficácia Normativa

Apesar de ainda não ser amplamente explorada nos debates jurídicos pátrios, havendo grande campo de expansão para sua utilização, já são encontrados estudos, na seara tributária, que fazem uso da 'jurimetria' (CASTRO, 2017, passim), aqui entendida como a aplicação de métodos estatísticos e quantitativos no direito (ZABALA; SILVEIRA, 2014, p. 76), para a análise dos efeitos de políticas públicas implementadas para a melhoria do sistema tributário.

Rodrigues (2020, passim) analisou a transparência e a efetividade do REFIS (programa de perdão fiscal de dívidas federais utilizado com frequência no Brasil, que redunda em vultoso montante de renúncias fiscais) para o período de 2014 a 2019. Utilizando-se do método de 'diferenças-em-diferenças' e o pareamento por escore de propensão, o estudo avaliou o impacto do REFIS na geração e manutenção de empregos nas empresas que receberam benefícios fiscais, obtendo resultados que, no âmbito das dívidas administradas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), evidenciaram significância estatística no impacto do REFIS de 2014 sobre a manutenção de empregos apenas para pequenas empresas, que são responsáveis por apenas 8,2% (oito inteiros e vinte décimos percentuais) do total das dívidas incluídas no programa.

Castelo (2014, passim), por sua vez, analisou o impacto do programa de recuperação fiscal (REFIS estadual de 2009) na inadimplência tributária do Estado do Ceará, apurando, também pelo método das 'diferenças-em-diferenças', que não houve impacto significativo do REFIS de 2009 sobre a inadimplência; porém, para algumas das atividades específicas presentes na base de dados, houve um induzimento ao aumento da inadimplência (v.g., setor de "fabricação de produtos alimentícios", setor de "comércio por atacado, exceto veículos automotores e motocicletas" e setor de "transporte terrestre"); para outras atividades, houve um decréscimo na inadimplência (setor de "fabricação de minerais não metálicos").

Bezerra (2018, passim) avaliou a política de incentivos à cidadania fiscal denominada 'Sua Nota Vale Dinheiro', implementada no Estado do Ceará, em 2005. Também se valendo do método estatístico de 'diferenças-em-diferenças', calculou o impacto da política sobre a arrecadação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), verificando que o programa gerou um acréscimo de arrecadação próximo a 278 (duzentos e setenta e oito) milhões de reais, entre 2005 e 2017, frente a um custo de implementação de 206 (duzentos e seis) milhões de reais, apurando sua efetividade (para cada real aplicado pelo programa, elevou-se a arrecadação estadual em cerca de um real e trinta centavos). Outros estudos similares sobre efeitos de políticas públicas na arrecadação de tributos no Ceará, fazendo uso de métodos quantitativos, são encontrados na literatura (PAIVA, 2010, passim; COUTO, 2016, passim).

Franco, Sampaio e Vaz (2017, passim) analisaram o efeito causal da redução da burocracia e desoneração da carga tributária em empresas de pequeno porte da indústria brasileira. Fazendo uso do método da regressão descontínua, o estudo apurou que empresas participantes do programa 'Simples Nacional' apresentaram redução do custo operacional industrial de 23% (vinte e três por cento), aumento da geração de emprego em 21,5% (vinte e um inteiros e cinquenta décimos percentuais) e incremento de 25,18% (vinte e cinco inteiros e dezoito décimos percentuais) na folha de pagamentos.

[Sumário]

Heck, Nishimura e Araújo (2021, passim) analisaram os efeitos da municipalização do Imposto Territorial Rural (ITR) sobre a arrecadação tributária dos municípios brasileiros. Com base em alteração da legislação do tributo federal, criou-se a possibilidade de celebração de convênio entre a Receita Federal e os municípios, para que estes aumentassem sua participação no valor transferido do imposto, mediante a fiscalização e a cobrança do ITR. O estudo apurou estatisticamente, com base em painel de dados municipais entre os anos de 2006 e 2010, um aumento de até 8,8% (oito inteiros e oitenta décimos percentuais) na arrecadação do ITR.

Oliveira (2020, passim), fazendo análise quantitativa do programa brasileiro de monitoramento de grandes devedores, com base em dados de arrecadação e estoque de dívida ativa da PGFN, analisou os efeitos da estratégia de cobrança do Projeto Grandes Devedores (PROGRAN) na arrecadação dos créditos em dívida ativa da União e do FGTS, no período compreendido entre os anos de 2008 e 2018, concluindo que, apesar dos resultados positivos de arrecadação das unidades de grandes devedores, não foi apurada diferença estatística significativa de arrecadação entre essas unidades do PROGRAN e as demais unidades da PGFN.

Nos moldes dos estudos citados acima, pode-se utilizar, quando implementada a política pública de *punitive damages* proposta no presente trabalho, uma abordagem de pesquisa quantitativa, valendo-se do método das 'diferenças-em-diferenças' (IPEA, 2018; FILHO, PINTO, 2017; GERTLER, 2018) para estimar os efeitos causais das aplicações de sanções pecuniárias na coibição da sonegação e demais crimes tributários materiais.

A implementação dessa política pública de *punitive damages* para apenas algumas espécies de tributos poderá permitir a formação de grupos de tratamento (espécies de tributos) e grupos de controle (espécies de tributos), de modo a permitir a comparação dos efeitos, antes e após o momento da intervenção.

Ainda, a depender da quantidade de tributos em espécie, bem como o grau de detalhamento das características e informações que forem coletadas de cada um deles, poder-se-á utilizar o método das 'diferenças-em-diferenças' combinado com o método de pareamento (FILHO, PINTO, 2017; LIMA, 2016) para que sejam considerados entre os órgãos dos grupos de tratamento e controle somente aqueles similares em características observáveis, de modo a se controlar possível risco de viés de seleção, tanto o derivado de variáveis observáveis (controlado pelo método de pareamento no momento da implementação do programa) quanto o derivado de variáveis não-observáveis (controlado pelo método das 'diferenças-em diferenças').

Quanto aos resultados, espera-se que a aplicação de sanções pecuniárias cause efeitos estatisticamente significativos para coibir a sonegação e outros crimes tributários materiais, bem como incrementar os volumes de recursos tributários arrecadados.

[Sumário]

Conclusão

O presente estudo teve como tema a interpretação econômica do direito em face dos crimes tributários materiais, de forma a determinar se o instituto seria capaz de ampliar a eficácia normativa. Foi possível concluir que o referido instituto tem como premissa a necessidade de estipulação de uma sanção capaz de retirar quaisquer vantagens da prática do ilícito, de forma a que o potencial agente ativo, após um juízo de valor sobre as vantagens e desvantagens da prática do ilícito, opte pela conduta conforme o direito.

Determinou-se que o *punitive damages*, instituto do *common-law*, utiliza a interpretação econômica do direito como premissa, permitindo a estipulação de multas capazes de retirar quaisquer vantagens decorrentes da prática do ilícito, bem como evitando a prática de novos ilícitos.

Foi possível determinar que a arrecadação tributária tem impacto relevante no equilíbrio macroeconômico do país, na medida em que a frustação da arrecadação pode gerar déficit fiscal, obrigando o governo a financiar seu funcionamento mediante a tomada de empréstimos. Demonstrou-se que a capacidade de endividamento de um Estado não é ilimitada; caso atingido o limite e sem um plano de redução da relação dívida/produto interno bruto, o Estado pode ser obrigado a emitir moeda para cumprir suas obrigações básicas, gerando um processo inflacionário.

A pesquisa permitiu concluir que os crimes tributários tratam de temática relevante, protegendo um dos pilares do equilíbrio fiscal, consistente na arrecadação. O Brasil optou por utilizar o direito penal como forma de apenar as pessoas físicas envolvidas em sonegação fiscal. Há falhas nessa sistemática. A primeira decorre da inexistência de sanção penal em face dos entes coletivos, justamente os protagonistas da sociedade atual. A segunda falha decorre da opção por induzir a arrecadação em detrimento da aplicação de uma sanção penal, determinando a extinção da punibilidade penal diante do recolhimento do tributo e seus acessórios.

A legislação pátria, apesar de buscar incentivar a arrecadação, determinou, na verdade, um estímulo à sonegação fiscal lato sensu, na medida em que se constatou que os crimes tributários fornecem recursos financeiros aos agentes por longos períodos até o pagamento necessário à extinção da punibilidade penal (em média, 12 anos), bem como é mais vantajoso praticar sonegação, mesmo se houver autuação e incidência de multa, a tomar empréstimos no mercado financeiro. Ademais, a sanção penal não é considerada um risco relevante, na medida em que o pagamento, a qualquer tempo, extingue a punibilidade.

A interpretação de dados decorrentes de pesquisa empírica quantitativa permitiu concluir que, no Brasil, o índice de sonegação fiscal foi bastante reduzido nos últimos anos, bem como há correlação da referida redução com a ampliação da fiscalização e das autuações fiscais. A referida relação revelou que as premissas da análise econômica do direito estão corretas, na medida em que a elevação na capacidade de fiscalização e autuação, aumentando a expectativa de apenamento em caso de violação da norma, induzem um comportamento cumpridor do direito. Contudo, determinou-se que o índice atual (15% - quinze por cento- para 2019) de sonegação fiscal ainda é elevado, o que implica a necessidade de utilização de novos instrumentos legais para o *enforcement* das normas destinadas ao combate à sonegação fiscal.

[Sumário]

Diante desse cenário e com fundamento na interpretação econômica do direito, foi formulada proposta de inclusão das pessoas jurídicas como sujeitos ativos de crimes tributários, equalizando o tratamento legal entre pessoas físicas e jurídicas e trazendo o direito penal para reforçar o cumprimento das normas de arrecadação por pessoas jurídicas.

No âmbito da referida proposta foi sugerido o transplante do instituto do *punitive damages* ao Brasil para, sem prejuízo da extinção da punibilidade penal em função do pagamento de tributos (o que respeita a opção legislativa atual), determinar, mediante processo judicial, a aplicação de multa punitiva para pessoas físicas e jurídicas que pratiquem crimes tributários materiais, sendo certo que a referida multa deve ser fixada em montante suficiente para retirar a vantagem econômica do ilícito, bem como dissuadir o agente da prática de novos atos ilícitos.

Sugeriu-se, como paradigma da nova legislação, as disposições da lei anticorrupção (BRASIL, 2013) para fixação da multa em função do faturamento da empresa, bem como sugeriu-se a utilização do sistema ‘semi-penal’ da legislação italiana de responsabilidade da pessoa jurídica como paradigma para o procedimento de aplicação da sanção.

Para mensurar se a modificação legislativa proposta seria capaz de reduzir os índices de sonegação fiscal foi proposta uma metodologia de pesquisa empírica de caráter quantitativo.

[Sumário]

Referências

ALEMANHA. Código Tributário (Abgabenordnung – AO), no §371. Diário Federal (Bundesanzeiger): Volume 09, p. 269, 07 fev. 1977. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/ao_1977/. Acesso em: 16 nov. 2022.

ALLINGHAM, Michael; SANDMO, Agnar. Income Tax Evasion: A Theoretical Analysis. Journal of Public Economics, Holanda, N. 1, p. 323-338, 1972.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência da Common Law e na Perspectiva do Direito brasileiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009. p. 340

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. Essays in the Economics of Crime and Punishment. Chicago: NBER, 1974. p. 1-54.

BEZERRA, Elizângela Amaral de Moura. Programas de cidadania fiscal são eficazes? Uma avaliação do programa sua nota vale dinheiro. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2018. p. 34. (Dissertação de Mestrado em Economia, Departamento de Economia do Setor Público).

BIRSCH, Douglas; FIELDER, John H. The Ford Pinto Case: A Study in Applied Ethics. Business, and Technology. Nova York: State University of New York Press, 1994. p. 338.

BRASIL. Lei 3.353 de 13 de maio de 1888. Declara extinta a escravidão no Brasil. CLBR de 13 de maio de 1888. Disponível em:www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM3353.htm. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 27 dez. 1990. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 24. Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo. Diário da Justiça de 11 dez 2009. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1265. Acesso em: 18 nov. 2022.

[Sumário]

BRASIL. Lei 12.846 de 01 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 02 dez. 2013. Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação direta de Inconstitucionalidade 5683/RJ. Lei nº 7.529/2017 do Estado do Rio de Janeiro. Limites para contratação de empréstimo. Artigo 167, III da Constituição Federal. Recorrente: Rede Sustentabilidade e Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Recorrido: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Luiz Roberto Barroso, 20 de abril de 2022. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5160707. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A crise da América Latina: Consenso de Washington ou Crise Fiscal? Pesquisa e Planejamento Econômico, V. 21, nº 01, p. 3-23, abr. 1991.

CAIS, Cleide Previtalli. O processo tributário. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 837.

CARMONA, Angelo. Premesse a un corso di diritto penale dell'economia. Mercato, regole e controllo penale nella postmodernità. Pádova: Cedam, 2002. p. 320.

CASTELO, André da Mota. O impacto do programa de recuperação fiscal na inadimplência tributária do Estado do Ceará - uma análise do antes e depois do REFIS estadual de 2009. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2014. p. 52. (Dissertação de Mestrado em Economia, Departamento de Economia do Setor Público).

CASTRO, Ricardo Medeiros de. Direito, Econometria e Estatística. Brasília: Universidade de Brasília, 2017. p. 542. (Tese de Doutorado, Departamento de Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação).

CORRERA, Marcelo Carita. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: a teoria do delito em face da autorresponsabilidade do ente coletivo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 226.

CORRERA, Marcelo Carita. Crimes de Sonegação Fiscal e o Mandado Constitucional de Criminalização. Revista do Curso de Direito da UNIFOR-MG, V. 11, n. 2, p. 223 - 241, jul/dez 2020.

COUTO, Amarildo Antônio do. Reflexo do compartilhamento de informações entre os fiscos na arrecadação do ITCMD no Estado do Ceará. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2016. p. 33. (Dissertação de Mestrado em Economia, Departamento de Economia do Setor Público).

DAMAS, Roberto Dumas. Crises Econômicas Internacionais. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 447.

EHRLICH, Eugen. Fundamentos da Sociologia do Direito. Tradução de Rene Ernani Gertz. Brasília: Imprenta, 1967. p. 388.

[Sumário]

FILHO, Naercio Aquino Menezes; PINTO, Cristiane Campos de Xavier (Org). Avaliação econômica de projetos sociais. São Paulo: Fundação Itaú Social, 2017. p. 256. Disponível em: https://www.itausocial.org.br/wp-content/uploads/2018/05/avaliacao-economica-3a-ed_1513188151.pdf. Acesso em: 30 set. 2022.

FISHER, Irving. A ilusão monetária. Tradutor: Jorge Costa. Coimbra: Editora Actual, 2011. p. 179.

FISSE, Brent; BRAITHWAIT, John. Corporations, Crimes and Accountability. Nova York: Cambridge University Press, 1993. p. 279.

FRANCO, Cleiton; SAMPAIO, Gustavo Ramos; VAZ, Paulo Henrique. Redução e Simplificação de Tributos para Empresas de Pequena Porte: Uma Aplicação de Regressão Descontinua para a Indústria Brasileira. ANPEC – XX Encontro de Economia da Região Sul, 25 a 27 jul. 2017. Disponível em: https://www.anpec.org.br/sul/2017/submissao/files_I/i8-795b63bf948febcd16e72d98f2c9d2f4.pdf. Acesso em: 19 dez. 2022.

FRIEDMAN, Milton. Episódios da História Monetária. 1 ed. São Paulo: Editora Record, 1994. P. 256.

GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. Punitive damages no direito brasileiro. Revista dos Tribunais, V. 105, nº 964, p. 191–214, fev.2016.

GERTLER, Paul J. Avaliação de impacto na prática. 2. ed. Washington: BIRD/Banco Mundial, 2018. p. 406. Disponível em: https://acervo.enap.gov.br/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=523052. Acesso em: 01 out. 2022.

HECK, Claudia; NISHIMURA, Fabio; ARAÚJO, Beatriz Santos. Efeito da municipalização do Imposto Territorial Rural sobre a arrecadação tributária dos municípios brasileiros. Revista Pesquisa e Planejamento Econômico, v. 51, n. 3, p. 163-185, dez. 2021. Disponível em: https://ppe.ipea.gov.br/index.php/ppe/article/view/2129. Acesso em: 19 dez. 2022.

HOBBES, Thomas. Do Cidadão. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 288.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO (IBPT). Estudo sobre sonegação fiscal das empresas brasileiras. Curitiba, 03 dez. 2020. Disponível em: https://ibpt.com.br/estudo-autos-de-infracao-e-sonegacao-fiscal/. Acesso em: 02 nov. 2022.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise ex post, volume 2. Brasília: Presidência da República, 2018. E-book. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8853. Acesso em: 29 set. 2022.

[Sumário]

ITÁLIA. Suprema Corte di Cassazione. Cassazione penale, sez. II, sentenza 30/01/2006 n° 3615. Recorrente: Jolly Mediterrâneo. Violazione del D. Lgs. n. 231 del 2001, art. 5, difettando, nella fattispecie concreta, il vantaggio beneficiato dalla persona giuridica. Disponível em: https://www.altalex.com/documents/news/2007/04/20/cassazione-penale-sez-ii-sentenza-30-01-2006-n-3615. Acesso em: 19 mar. 2022.

ITÁLIA. Decreto 231 de 2001. Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300. Gazzetta ufficiale 08 ging. 2003 Disponível em: https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2001;231. Acesso em: 27 out. 2022.

KELSEN, Hans. Eine Grundlegung der Rechtssoziologie. Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, n. 39, p. 839-876, 1915.

KORNHAUSER, Lewis. The Economic Analysis of Law. The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Fall 2017. Disponível em: https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/legal-econanalysis/. Acesso em: 04 abr. 2020.

LANGROIVA PEREIRA, Cláudio José; DE CASTRO IANNI, Gabriela; CORRERA, Marcelo Carita. Daños Punitivos como Garantía de Eficacia de Las Normas Legales. Revista Inclusiones, v. 9, n. 4, p. 252-280, 14 nov. 2022.

LIMA, Diego de Faveri Pereira. Quanto vale uma pós-graduação stricto-sensu no Brasil? Os efeitos do mestrado e doutorado na remuneração de seus egressos. Rio de Janeiro: Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, 2016. p. 137. (Tese de Doutorado em Administração Pública).

MACHADO, Hugo de Brito. Crimes Contra a Ordem Tributária. 4 Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 472.

MANKIW, N. Gregory. Macroeconomia. 8. ed. Tradução de Ana Beatriz Rodrigues. Rio de Janeiro: LTC, 2015. Ebook Kindle.

MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos; AMARAL, Cláudio do Prado; DE SOUZA, Cléssio Moura. Tax evasion under the critical Criminology approach. Revista Paradigma, v. 30, n. 2, p. 26–48, 2022. Disponível em: https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/2651. Acesso em: 15 nov. 2022.

MUNANGA, Kabengele. O anti-racismo no Brasil. In: MUNANGA, Kabengele (org.) Estratégias e Políticas de Combate à Discriminação Racial. São Paulo: Edusp, 1996. p. 79-94.

[Sumário]

NIETO MÁRTIN, Adan. La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: un Modelo Legislativo. Madrid: Iustel, 2008. p. 360.

NUCCI, Guilherme de Souza. Se PJ é Responsável por Crimes Ambientais, também o é por Outros Delitos. CONJUR. Edição de 24 jul. 2007. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-jul-24/guilherme-nuccipj-responde-crimes-ambientais-outros-delitos. Acesso em: 30 abr. 2022.

OLIVEIRA, Charles Soares de. Análise dos efeitos do Projeto Grandes Devedores na arrecadação dos créditos em dívida ativa da União e do FGTS. Rio de Janeiro: Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa, 2020. p. 66. (Dissertação de Mestrado em Administração Pública).

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 494.

PAIVA, Vandilson Gomes. Efeitos compensatórios do SIMPLES nacional na arrecadação de ICMS do Estado do Ceará. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2010. p. 31. (Dissertação de Mestrado em Economia, Departamento de Economia do Setor Público).

PETERS, Anne; SCHWENKE, Heiner. Comparative Law Beyond Postmodernism. The International and Comparative Law Quarterly, v. 49, Nº. 4, p. 800-834, out. 2000.

POSNER, Richard A. The Economics of Justice. Cambrigde. Harvard University Press. 1983. p. 432.

RESEDÁ, Salomão. A aplicabilidade do Punitive Damages nas Ações de Indenização por Dano Moral no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Salvador: Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2008. p. 324. (Dissertação de Mestrado, Direito Privado e Econômico).

RESENDE, André Lara. Juros, Moeda e Ortodoxia. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2017. Ebook Kindle.

RESENDE, André Lara. Camisa de força ideológica: A crise da macroeconomia. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2022. Ebook Kindle.

RICKARDS, James. A Guerra das Moedas. Como se está a construir a próxima crise mundial. Barcarena: Marcador, 2014. p. 304.

RODRIGUES, Natalia Ferreira de Carvalho. A renúncia dos benefícios: transparência e avaliação dos programas de recuperação fiscal no Brasil. Rio de Janeiro: Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa, 2020. p. 101. (Dissertação de Mestrado em Administração Pública).

[Sumário]

SACERDO, Leandro. Compliance e Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Construção de um Novo Modelo de Imputação, Baseado na Culpabilidade Corporativa. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. p. 325. (Tese de Doutorado, Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia).

SANTOS, Juarez Cirino dos. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (Orgs.). Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: em Defesa do Princípio da Imputação Penal Subjetiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 262-282.

SELVAGGI, Nicola. L'interesse dell'ente collettivo: quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato. Nápoles: Jovene, 2006. p. 216.

SILVEIRA. Alexandre Di Miceli da. Ética Empresarial na Prática: Soluções para Gestão e Governança no Século XXI. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018. p. 320.

UNITED STATES. California Court of Appeal. Fourth Appellate District, Division Two. Grimshaw v. Ford Motor. 174 Cal. Rptr. 348 (Cal. Ct. App. 1981). Riverside, CA, May 29, 1981.

UNITED STATES. Supreme Court of the United States. Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal, Inc, 492 U.S. 257 (1989). Washington, D.C., June 26, 1989.

UNITED STATES. Supreme Court of the United States. Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip, 499 U.S. 1 (1991). Washington, D.C., March 4, 1991.

UNITED STATES. Supreme Court of the United States. TXO Production Corp. v. Allliance Resources Corp, 509 U.S. 433 (1993). Washington, D.C., June 25, 1993.

UNITED STATES. Supreme Court of the United States. BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559 (1996). Washington, D.C., May 20, 1996.

UNITED STATES. Supreme Court of the United States. State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell, 538 U.S. 408 (2003). Washington, D.C., April 7, 2003.

UNITED STATES. Supreme Court of the United States. Philipp Morris USA v. Williams, 549 U.S. 346 (2007). Washington, D.C., February 20, 2007.

UNITED STATES. Supreme Court of the United States. Exxon Shipping Co. v. Baker - 554 U.S. 471, 128 S. Ct. 2605 (2008). Washington, D.C., June 25, 2008.

UNITED STATES. Supreme Court of the United States. Johnson & Johnson v. Gail Ingham, 20-1223 (2021). Washington, D.C., March 04, 2021.

WATSON, A. Legal transplants: An approach to comparative law. 2ª ed. Athens: Ed. University of Georgia Press, 1993. p. 144.

[Sumário]

ZABALA, Filipe Jaeger; SILVEIRA, Fabiano Feijó. Jurimetria: estatística aplicada ao direito. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 16, n. 1, p. 73-86, jan./abr. 2014. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/79117757.pdf. Acesso em: 19 dez. 2022.

ZIEMBOWICZ, Rodrigo Luís. A Extinção da Punibilidade pelo Pagamento nos Crimes Tributários à luz da Análise Econômica do Direito: um estímulo à sonegação fiscal no Brasil? Revista de Direito da Polícia Judiciária, Brasília, Ano 2, nº. 4. p. 189-226. Jul – dez 2018.

[Sumário]

Artigo

Reforma Tributária: Os Compilados Estruturais e Pontuais de Intensa Neuralgia a Serem Enfrentadas no Novo Modelo Fiscal Brasileiro na Reforma da Pec 45/2019

Tax Reform: The Structural and Punctual Compilations of Intense Neuralgia to be faced in the New Brazilian Fiscal Model

Paulo Rogério Venâncio dos Santos
Bacharel em Direito (UFSC)
Especialista em Direito Tributário pela EPD

[Sumário]

Reforma Tributária: Os Compilados Estruturais e Pontuais de Intensa Neuralgia a serem enfrentadas no Novo Modelo Fiscal Brasileiro na reforma da PEC 45/2019

Tax Reform: The Structural and Punctual Compilations of Intense Neuralgia to be faced in the New Brazilian Fiscal Model

Resumo: Compreender o modelo político-reformismo Tributário de um país implica em necessária medida a ser incorporada na análise da efetividade da realidade das instituições e da cidadania como um todo. Preliminarmente temos um grande ensaio já conectado na realidade jurídica do Direito Tributário Brasileiro uma vez que cada perfil particular adotado pelos Estados soberanos representa também a maneira como o Estado concebe seu papel, os limites, possibilidades e responsabilidades de atuação frente às demandas como sujeitos ativos da relação tributária. Pautando-se nesta lógica nossa referibilidade está na prolatada Reforma, sendo esta um objeto em consolidação nos instrumentos do Direito Tributário Pátrio. Um dos pontos que podem ser identificados está na versatilidade dos gradientes existentes no modelo jurídico em questão, que ora se constitui como uma vantagem setorial a um ou outro segmento e ora se faz desvantajoso a outro segmento econômico, que ao fim traduz se em razoabilidade a tal concepção reformista. Neste cenário o ambiente no qual a reforma tributária emerge traz consigo pontos-chaves que não devem escapar de um olhar atento e reflexivo em maior ou menor grau de relevância pelo contribuinte, neste caso o consumidor final. Nesta senda a estratégia de simplificação e aglutinação dos tributos e todas as suas propriedades condensadas no IVA Dual: CBS e IBS e no IS seletivo, tem sido uma nevralgia ao sistema pois postulam em si uma reestruturação de toda ambientação nos negócios e por consequência trará efeitos que devem ser objetos de uma ampla reflexão em vários aspectos deste noviço reformismo em tela. Neste cenário de ajustes e conflagrações apresentamos esse artigo como elemento de rediscussão ao tema. Foram utilizadas pesquisas documentais e bibliográficas para elucidação e aporte estrutural deste trabalho.

Palavras-chave: Reforma Tributária. Vantagens e desvantagens. Simplificação e Aglutinação. Consumidor Final. Impactos no Sistema. Reflexões

[Sumário]

Reforma Tributária: Os Compilados Estruturais e Pontuais de Intensa Neuralgia a serem enfrentadas no Novo Modelo Fiscal Brasileiro na reforma da PEC 45/2019

Tax Reform: The Structural and Punctual Compilations of Intense Neuralgia to be faced in the New Brazilian Fiscal Model

Abstract: The political-tax reform model of a country implies a necessary measure to be incorporated in the analysis of the effectiveness of the reality of institutions and citizenship as a whole. Preliminarily we have a great essay already connected to the legal reality of Brazilian Tax Law once that each particular profile adopted by sovereign States also represents the way in which the State conceives its role, the limits, possibilities and responsibilities of acting in the face of demands as active subjects of the tax relationship. Based on this logic, our reference is in the long-awaited Reform, which is an object under consolidation in the instruments of National Tax Law. One of the points that can be identified is the versatility of the gradients existing in the legal model in question, which sometimes constitutes a sectoral advantage to one or another segment and sometimes becomes disadvantageous to another economic segment, which in the end translates into reasonableness for such a reformist conception. In this scenario, the environment in which tax reform emerges brings with it key points that should not escape an attentive and reflective look to a greater or lesser degree of relevance by the taxpayer, in this case the end consumer. In this path, the strategy of simplifying and agglutinating taxes and all their properties condensed into the Dual VAT: CBS and IBS and the selective IS, has been a neuralgia for the system as they postulate in themselves a restructuring of the entire environment in business and consequently will have effects which should be objects of broad reflection on various aspects of this new reformism on screen. In this scenario of adjustments and conflagrations, we present this article as an element of re-discussion on the topic. Documentary and bibliographical research was used to elucidate and structurally support this work.

Keywords: Tax reform. Advantages and disadvantages. Simplification and Agglutination. Final customer. Impacts on the System. Reflections.

[Sumário]

Introdução

O presente artigo visa ampliar nossa visão sobre os pontos emergentes realocados na nova perspectiva de Reforma Tributária.

Neste ponto traduz-se os pontos de maiores discussões sobre o impacto gerado nos ambientes setoriais como ponto de redesignação a presente Reforma Tributária em andamento.

Neste caso, ao apresentar-se a Reforma Tributária como parte do acordo fiscal, e, portanto, político-tributário é estratégico ampliarmos essa visão dentro do escrutínio real de Impostos presentes nesta realidade fiscal.

O quesito arrecadação desde os primordiais da arrecadação por Roma até os dias de hoje, é sempre um ponto de nevralgia, segundo alguns teóricos isso é da própria essência do tributo, pois sabe se que tributo é sempre coercitivo senão seria donativo, ou seja, uma mera entrega habitual, o que em última análise não seria tributação, e nem imposição configura doação pura e simples, ou no máximo uma transferência do privado ao público sistemicamente.

O Tema em questão, tem sido objeto de uma grande rediscussão nas pautas políticas, técnicas e jurídicas, que abordadas no âmbito da reforma tributária, traz nessa centralidade uma adequação noviça à relação fisco-contribuinte no espectro tributário e negocial.

O enfoque destas premissas estão calcadas em várias vertentes primordiais que podem ser destacadas nas seguintes percepções: A desburocratização e simplificação do sistema, a Transparência, A legislação moderna em vinculação aos parâmetros praticados na esfera da tributação internacional; o Desenvolvimento do Ambiente Econômico e por fim a Adequação aos parâmetros de sustentabilidade

O objetivo geral é efetuar uma análise da Reforma Tributária a partir das estruturas da nova sistemática de tributação e demais reformas no Estado-fiscal.

O problema a ser destacado é a seguinte indagação: Até que ponto os elementos estruturais da atual reforma podem ser considerados como reforma fiscal ou uma eficaz reforma tributária.

Nestes aspectos mencionados faz-se necessário um estudo centralizado e recorrente do tema, pela sua suma importância em reativar e realocar em todo o espectro nos fluxos de pessoas, finanças e informações nos mais variados ambientes sejam eles investíveis, ou ainda desinvestíveis para os negócios estruturados setorialmente ou não, pois traz em finalidade última um retorno a cidadania efetiva.

[Sumário]

Assim, é de suma importância traduzirmos conceitos basilares sobre o tema a ser revisitado, tendo como incipiente todo o escopo que acompanha nossa reforma tributária. Nesse sentido é importante destacarmos os meandros mais emblemáticos (controvertidos ou não), sendo de responsiva importância traduzir conceitos-chaves os elementos que serão abordados ao longo dessa produção acadêmica inaugural. É prioritário nesse recorte temático já prontificamos um estudo cronológico, que permite adensar o pensamento sistêmico da atualidade e dar garantias para o embasamento teórico da logicidade tributária desde seus primórdios no cenário interno e externo convalidando seu habitat e sua noviça esfera de atuação.

Nesse enredo é possível empreender que os preceitos que por ora empregados não aduz a necessidade de termos uma visão exploratória do tema a partir de seus signos mais peculiares para ao fim adensados o objetivo finalístico que é responder a pergunta-problema.

Desenvolvimento

Nesse sentido é ajustável tracejar cenários de ordem econômica, técnica e estrutural, para obtermos exitosas formas de revisitação aos perfis por segmentação por onde a sistemática tributante terá um forte impacto na cidadania.

Por estruturação devemos entender que o ambiente tributário reformula todo o espectro negocial permitindo que novas concepções orgânicas manejam forças concêntricas de capital, trabalho e tecnologia permeando novos signos de ordem econômico-tributário no viés empreendedorismo da sociedade.

Deste modo quando falamos em tributação e negócios temos sempre o ambiente por onde fluirá tais perspectivas e um deles sem sombra de dúvidas é o macroambiente da tributação. Outros elementos tais como divisas financeiras, papel do Estado e o debate sobre gastos públicos (teto de gastos), investimento público, que devem ser retratados a partir de políticas públicas que ensejam tal desenvolvimento socioeconômico.

Aqui há um recorte interessante: num cenário de avanço econômico três elementos são primordiais, estrutura, estratégia e planejamento, sem estes elementos não é possível ter um elemento definidor do desenvolvimento sustentado, sendo este um dos calcanhares de aquiles da pretensa reforma tributária.

Não é mero casuísmo que ao reformulamos a capacidade de tributação é imprescindível elevarmos outros aspectos também de cunho reformistas denominadas reformas estruturais que aliadas a reforma tributária seria um arcabouço mais efetivo para nosso federalismo e por consequência para nosso sistema republicano de Estado.

As reformas estruturais necessárias seriam em ordem fatorial, a primeira seria a reforma de Estado, que contemplaria em qual modelo político-administrativo estaria vinculada a atividade

[Sumário]

empreendedora dos contribuintes sua ação setorial seja em que segmento estiver;

A segunda estaria na esfera de uma Reforma Política, que contemplaria em qual modelo político-estrutural efetivaria as demandas estratégicas da sociedade, por saúde, educação, infraestrutura, tecnologia e desenvolvimento em sentido amplo.

Já no terceiro ponto, temos a necessidade de uma reforma planejamento de Estado, que seria como repensarmos O Estado Brasileiro a partir dos liames de nossa estrutura para futuras gerações, para isso se as duas percepções, ou seja se a primeira Reforma de Estado, e a segunda reforma estrutural andarem positivamente, já é possível avançarmos na estrutura de uma nova sociedade mais orgânica e homogênea, dando que o espaço entre as diferenças estruturais estariam a grosso modo diminutas o que facilitaria a compreensão mais ordenada da sociedade, via planejamento, permitindo que a mesma fosse, mais solidária, e do ponto de vista participativa e engendrar uma atuação mais planejada de nossa democracia e consequentemente da nossa visão de planejamento de Estado.

Os vieses de cunho orçamentário e financeiro de Estado, ficaria mais ordenado do ponto de vista de qual metas se quer alcançar e quais instrumentos seriam os mais adequados para tal reformulação estatal na sociedade.

É preciso pensar no investimento público e privado a partir de conexão entre eles, não é possível planejar a curto, a médio e longo prazo sem tais traduções pois a eficácia dentre esses pontos e os temas vinculados a eles estariam pouco relevantes e não homologar uma melhor reação na identidade da atual sociedade organizada.

Reforma Fiscal ou Tributária

Quando efetuamos uma reflexão sobre a reforma, temos um ponto de indagação bastante comum, estamos de fato fazemos uma reforma fiscal somente ou buscamos providenciar uma reforma tributária de fato. Essa pergunta embora pareça nos uma mero trocadilho de terminologias na realidade, na verdade é uma dúvida recorrente sobre qual temática em recorte estamos a reformular se apenas o aspecto fiscal ou todo sistema tributante da realidade. A resposta é bem mais abrangente nos remete a concepção primária sobre o que de fato é um reformismo fiscal e o que de fato é um reformismo tributário.

Neste sentido é importante entendermos que nosso sistema republicano privilegiou a forma Federalista de Estado e que tal fundamento é cláusula pétrea em nossa Constituição Federal e nesse sistema o Federalismo é algo mais norteador quando falamos se estamos mexendo na

[Sumário]

estrutura de Estado ou simplesmente estamos trabalhando eventos de ordem meramente fiscal.

Neste ponto devemos ter uma compreensão do que é federalismo para então trazer o enfoque sobre qual tema de fato está considerada nessa interpretação:

> "A Federalismo, forma de organização da estrutura político-administrativa do Estado, caracteriza-se por ser um modelo que reúne duas ou mais entidades autônomas, que atuam de forma coordenada, sem relação de hierarquia entre elas. A autonomia das entidades constitutivas de uma federação é estabelecida com vistas a objetivos bem definidos, quais sejam, o da alocação eficiente dos recursos nacionais. (PORTELA, 1998; ALMEIDA; 2022 p 5"

Partindo da premissa da ideia de federalismo como concebida na contemporaneidade, e sua linha de incorporado pela CF/88, já é possível depreender que trata-se num primeiro momento de uma reforma fiscal e tributária, pois está consignado nesta nova estrutura uma reformulação do ponto estratégico na efetividade de rearranjo no arcabouço fiscal, onde se implanta a partilha de receitas (objetos de rediscussão posterior neste artigo) com todos no sistema interfederativo, ou seja Estados e Municípios, passariam dentro do cotejamento e lapso temporal a partilhar receitas com a nova estimativa, configurando numa primeira análise, um espectro positivo de uma reforma tributária ampla e não somente, um critério reformulador apenas de espectro fiscal. Pois bem, vejamos as seguintes premissas da reforma em andamento. Segundo JOTA, 2023 in verbis;

> [...] O texto original da reforma tributária da PEC 110/2019, que tramita no Senado, prevê que a transição será de quinze anos: cinco anos de transição para o novo imposto mais dez de transição das partilhas. [...]Sendo assim, a partir da criação dos novos impostos, cada ente federativo receberá parcela das receitas dos impostos novos de acordo com a participação que cada um teve na arrecadação dos tributos que estão sendo substituídos. Após a implementação definitiva da reforma tributária, a regra é progressivamente substituída pelo princípio do destino, à razão de um décimo ao ano[...]A proposta da PEC 45/2019, que está na Câmara dos Deputados, prevê que a transição da reforma tributária será de cinquenta anos. Durante vinte anos a partir da criação dos novos impostos, os estados, o Distrito Federal e os municípios receberão (i) valor equivalente à redução de receitas do ICMS ou ISS, em virtude da extinção desses tributos; (ii) valor do aumento/diminuição da arrecadação em virtude de alterações das alíquotas de competência de cada ente federado e (iii) superávit/déficit de arrecadação após consideradas as duas parcelas anteriores, que será distribuído proporcionalmente pelas regras de partilha do novo IBS (princípio do destino mediante apuração do saldo de débitos e créditos)[...]A partir do vigésimo primeiro ano, a parcela equivalente à redução do ICMS e do ISS será reduzida em 1/30 avos ao ano, passando a receita a ser distribuída baseada no princípio do destino. [...] Já a PEC 45/2019 determina a criação de um Comitê Gestor Nacional, integrado por representantes da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios. No entanto, o

1 Disponivel em: https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/o-que-e-a-reforma-tributaria-e-quais-mudancas-sao-discutidas-no-congresso-26042023. Acesso em 21 de Setembro de 2023.

[Sumário]

> Comitê não terá atribuição fiscalizatória, que continuará com os fiscos dos entes federativos.[...][1]

Quando se observa que as características presentes na reforma fiscal traz confluência com o sistema de pacto federativo ao trabalhar os vieses de partilha, gestão autonomia e regras singulares com todo o sistema nacional de tributação , neste caso apresenta-se como uma reforma tributária, pois permite em tese toda uma reformulação da estrutura fiscal-tributária, que envolve todos os entes federativos dando-lhes gradientes de participação com a conexão de suas respectivas competências tributária.

A muito o que ser feito do ponto de vista desta estrutura, pois em síntese o que se discute em grandes mesas-redondas é a possível perda de autonomia total sobre o tributo de competência de cada ente, todavia, há um espaço muito desenhado para que a gestão partilhada se perfectibiliza atendendo as demandas de competência de cada ente interfederativo no pacto federativo tributário em comento.

Outros pontos como a realidade de cada ente interfederativo na atualidade, e os problemas-chaves a serem enfrentadas com o noviço modelo fiscal-tributário será objeto de ampla discussão e reflexão nos tópicos posteriores, todavia no desenho que se vislumbra, tem-se uma forte conexão de reforma tributária e não propriamente e isoladamente fiscal.

[Sumário]

Reforma Tributária

Apresentada a rigor até o presente momento a estrutura da nova reforma tributária no ambiente pátrio, é oportuno trazer-se à baila os elementos centrais sobre os quais irradiam a matéria tributária reformada em apreço conjuntamente com suas nuanças que será objeto de escrutínio social no dia a dia cívico da cidadania

É salutar neste momento da reforma tributária em andamento (Setembro de 2023) não oferecermos nenhum exercício de futurologia sobre, se de a Reforma Tributária apresentada é boa ou ruim sistemicamente, para não naufragarem no ambiente do dualismo maniqueísta das formas já pré-concebidas, que impera no senso comum, mas que não faz conexão direta com o bom senso e nem com as boas práticas já em atividade neste segmento no cenário internacional de evidência tributária, ou seja sem ao menos submetê-la ao escrutínio da realidade.

Nossa proposta em comento visa elencar os principais pontos já submetidos ao colegiado da Câmara Federal dos Deputados e, aguardamos o escrutínio (votação) no Senado Federal, para seguir seu caminho solitário mais preciso na realidade efetiva da cidadania tributante.

Os pontos de maior envergadura ou nevralgia jurígena-tributária é que nos permite abrir um espaço de reflexão sobre o produto reformista em comento, e dentro da perspectiva atuarial consiga-la em suas propriedades centrais um viés de conexão com a realidade brasileira e as estimativas mais esperadas por parte da sociedade de forma geral.

É nesse ponto de conexão e apresentação, é que procuraremos colmatar quais elementares desta reforma ainda merece mais atenção ou carece de um melhor substrato de reflexão mais ampliada, e ainda quais pontos já recepcionados, nos permite ordenar o caminho já pavimentado desta estrutura orgânica tributária em consolidação.

Uma reforma seja ela qual for, sempre traz impactos no dia a dia da cidadania, portanto conhecer os meandros já consignados nas propostas, das Emenda Constitucional nº 45 e Emenda Constitucional n° 110, que foram aglutinadas e são objetos centrais do escopo do novo arcabouço fiscal, sendo, portanto, convertidas em texto final, é, portanto, um documento muito provável de ser apreciado e ajustado à nova principiologia tributária em comento. Traduzindo, portanto, neste caso em uma nova visão do horizonte tributário próximo. É nesse diapasão que este artigo visa condensar suas propriedades temáticas em recorte e modular o objeto de construtividade desta reforma principiante, mas necessária ao ideal de país a qual estamos imersos.

A síntese da reflexão portanto traz ao signo da reforma tributária novas possibilidades, que não deve ser vista apenas dentro de um casuísmo pessoal, setorial, mas sim estrutural do ponto de vista orgânico, que deve condensar na mesma uma grande envergadura sistêmica capaz de eclodir numa peça jurígena-tributária encetando para o crescimento e desenvolvimento do progresso do Estado fiscal aqui retratada.

[Sumário]

É possível uma visão ampliativa destes elementos sendo que os tais devem ser cada vez mais debatidos, permitindo-se neste momento trazer um ajuste funcional-pragmático, onde as quesitos pontuais e estruturais do novo sistema, possam-se traduzir em convergência necessária já redesenhada na esfera do documento em apreço. Neste ponto apresento aqui, alguns destaques importantes sobre a reforma que devem ser ainda objeto de reformulação no novo cenário estrutural-sistemático, que terão maior enfoque do ponto de vista da comunidade de forma geral.

Nesse ponto as principais vertentes a serem redefinidas e seus pontos mais culminantes nesta proposição, são:

1 - A Instituição de uma base alargada do consumo, seus caracteres mais elementares serão objetos de grande exequibilidade no novo sistema;

2 - Os impactos nos entes subnacionais, referente ao fundo de participação das receitas, já definidos nas transferências atuais, serão temas de grande nevralgia sistêmica;

3 - O denominado Conselho Federativo sua composição já enfrentou resistência diante da forma de autogestão por demais entes subnacionais, descartando nessa etapa preliminar a União, por questão envolvendo paridade de armas de sentido pragmático; outras querelas sistêmica tracejam as novas potencialidades a serem reajustadas, seja por lei em sentido amplo, ou por forma jurídica mais eficaz ao caso in concreto;

4 - As fontes de Financiamento da Seguridade Social, serão objetos depossíveis escrutínios, pois salta aos olhos, que as bases sólidas de seu financiamento direto são objeto reformulado na denominada base ampla do tributo, casos específicos serão temas mais debatidos nesse sentido;

5 - Os parâmetros ideias da alíquota padrão, segundo os desbravadores do novo sistema algo em torno de 25% a 30% por cento serão objetos de grande ajuste no sistema, a denominada calibragem da alíquota-padronizada, para manter as receitas atuais, ou evitar perdas nominais das já existentes no sistema operacional tributário;

6 - Os espaços apropriados para a criação do novo código do contribuinte, que já circunda e postula uma maior engenharia jurídica ao novo arcabouço fiscal-tributário;

7 - A progressividade da alíquota de consumo em 1% instituída em lei posterior, tendo portanto ajustes sistêmicos nas bases de 0,9% na CBS e 0,1% no IBS, sua componente terá grande amplitude de rediscussão prévias, seja por necessidade setorial ou ajustes sistêmicos próprios de origem legal;

8 - Os quesitos envolvendo as Anterioridades nonagesimal (Noventena) ou Anual;

9 - Os Tributos e sua qualidade como imposto, que remanesceram (IR, ITBI dentre outros) do atual sistema; aqui neste ponto já é objeto que será retratada numa segunda parte da reforma tributária, segundo os

[Sumário]

idealizadores mais próximos;

10 - A transição gradual dos tributos nos longevos 2026-2033, onde os sistemas convivem concomitantemente até a sua extinção parcial/total;

11 - A nova sistemática de compensação, aos denominados “perdedores” de receitas, sejam locais, ou regionais;

12 - A extinção total do ICMS, ISS e IPI dentro de seus gradientes de subsídios já concedidos, sejam na esfera judicial ou administrativa, terão grande discussão de direito posterior aos fatos;

13 - Os gradientes intersetoriais e a conexão com a reforma tributária, aqui aventa-se sempre a oportunidade de cada setor da economia tentar ganhar espaço de vantagem em seu setor de atuação, um ponto de grande ajuste pois apresenta inflexão estrutural do novo sistema;

14 - O IS Imposto Seletivo: E o cumprimento das funções extrafiscais, serão objetos de grande análise posterior na realidade da noviça reforma em comento, pois gradientes como essencialidade, necessidade e extrafiscalidade conjugação novos elementos de conexão o denominado plano de desenvolvimento sustentável, será necessário decidir, o que de fato contempla-se ou não estruturalmente na seletividade, objeto de grande nevralgia sistêmica;

15 - E outros, ainda não revelados nos parâmetros reformistas atuais;

Toda essa constatação pode ser divida em três blocos preponderantes; Os primeiros desvelados nos tópicos de 1 a 5, seriam o atendimento central do marco inicial reformista, a partir de seus liames estruturais básicos e complementares;

O segundo desvelados nos tópicos de 5 a 10 atenderia o espaço do contribuinte, entre os direitos já conquistados e a cidadania tributária efetiva, e ainda dentro desta temática haveria uma maior síntese de ação na relação fisco-tributária dos ambientes sócio-econômicos atuais e estruturais, e por ultimação o terceiro;

O Terceiro desvelados nos blocos de tópicos de 10 a 15 aportando quais elementos-propriedades técnicas de ordem jurígena-tributante prescindirá na transição e quais seriam indispensáveis dentro da perspectiva gradual e segura, nos microambientes de compensação, das relações intersetoriais e nos graus de seletividade e fiscalização conjunta dos entes subnacionais correlacionado seis exercícios constitucionais de competência e ação partilhada no sistema constitucional tributário vigente.

[Sumário]

Vantagens e Desvantagens no Novo Sistema

O ponto central da reforma está calcada nos seguintes aspectos: qual ponto mais convergente dentre as classes de tributação é de maior vulto em graus de necessidade reformista, e que depende de ajuste de acordo com sua conveniência ou não, é importante discorrermos melhor sobre esse assunto.

Sabe-se em todo o mundo que as portas centrais onde se vincula a arrecadação pode advir de três bases universais, o consumo, a propriedade e a renda, no caso em específico estamos retratando apenas o consumo, tendo em recorte apenas esta base que deve em primeira análise ser alargada para finalidade de alçar maiores incidências possíveis na tributação. Neste ponto, e tomando por consideração a sistema interno, e o que vemos no mundo a fora é uma tributação bem clássica, em proteger prioritariamente a propriedade e consignar na renda e não no consumo uma forte conexão com a arrecadação fiscal.

No caso específico da tributação do IVA, Imposto sobre Valor Adicionado, espelha-se funcionalidade fiscal, todavia num caráter de equilíbrio entre as fontes de arrecadação faz-se um percentual de 10 a 30 por cento na renda e um residual de 30 a 80% sobre o consumo, ficando apenas poucos percentuais em tese (de 80 a 100%) para a propriedade. Foi nessa lógica que perpetrou-se nossa referida Reforma Tributária, dando um maior gradiente em termos percentuais para a base de consumo e aliviando as outras bases, mesmo tendo como contraponto a denominada *"iniquidade tributária"*, pois quem tem menor poder aquisitivo é o mais onerado nesse modelo reformatório., portanto nessa longeva ideia de satisfazer a arrecadação de Estado, postulou-se um critério de maior gravame ao consumo, deixando de fora *"outras bases"* que merecem uma maior atenção de cunho tributável, por ser em primeira análise estas de maior finalidade, mais versada para o *"acúmulo financeiro-patrimonial"* do que para satisfação necessária do indivíduo no seu dia-a-dia costumeiramente.

Deste modo é louvável estruturarmos a reforma dentro de uma modo mais "operativo-funcional" para a sistema tributária, e não uma mera saída pela tangente quando se perfilha tributar com maior gravame o consumo em detrimento da renda e da propriedade, que em última análise condensa um porto seguro mais ampliado do ponto de vista da *"equidade contributiva"*. Neste ponto é importante ressaltar que há sem sombra de dúvida contrapontos e imbróglios nessa asserção, que traduz-se por ora em vantagem e , por ora em desvantagem, portanto numa análise mais acurada é proposital conhecermos esses pontos dentro de um sistema dualizada como será o IVA Dual implantado pela preeminência da Reforma Tributária em comento.

As desvantagens é logo percebida quando por exemplo tributa-se muito alto a renda, pode haver do ponto de vista fiscal uma saída estratégica de recursos do país para outros lugares, pois a renda teria seu nicho modular amealhado por sua (in) capacidade de geração de riqueza. É nesse ínterim que processos por exemplo, onde se tributa com altas alíquotas a renda, o capital próprio, o dividendo e o capital privado o que numa primeira análise, sem a devida cautela, nos leva a entender que somente há diminuição da capacidade arrecadatória em prover satisfatoriamente a manutenção de uma carga tributária justa do ponto de vista da vinculação fiscal e tão somente neste tirocínio sem considerar os aspectos circundante destes na ordem econômica por exemplo.

[Sumário]

Outro ponto se tributar com um gravame maior a propriedade, teremos dois elementos muitos sensíveis nessa empreitada; O primeiro diz respeito à baixa capacidade em acumular bens imóveis, nesse ponto o que poderia traduzir-se num primeiro momento a baixa de grandes latifúndios (lado positivo), mas por outro lado (a questão da produção agrícola) passaria a ser demandada por outros escaninhos não perquiridos pelo aspecto fundiário, mas financeiro-econômico.

Um outro ponto relacionado às vantagens da nova sistemática, pode ser definido pela legislação uniforme. Observe este contexto nas palavras de (MACHADO; MEYER, 2013)

> [...] Legislação Uniforme;
>
> Embora o IVA seja dual a CBS e o IBS terão os mesmos:
>
> Fatos geradores;
>
> Bases de cálculo;Hipóteses de não-incidência e Imunidades;
>
> Sujeitos passivos;
>
> Regimes específicos, diferenciados ou favorecidos;
>
> Regras de não-cumulatividade e creditamento
>
> [...] Veículos Normativos;
>
> CBS, Lei Ordinária Federal;
>
> IBS Lei Complementar (regras estruturais e gerais) e Leis Ordinárias Estaduais Municipais(Alíquotas).
>
> (MACHADO; MEYER: Reforma Tributária Sobre o Consumo, 2023 p s/n)

Pontos de maior vantagem aqui pode ser desdobrada na fixação de uma legislação a nível internacional, no caso do IVA Dual que transforma um emaranhado de legislações esparsas num compêndio de normas mais transparente e efetivo para fins de contribuição e arrecadação. Neste ponto a vantagem está relacionada à melhora efetiva dos planejamentos empresariais e tributários ao cenário econômico.

No cenário de desvantagens podemos ter dois pontos de maior significado, um no ambiente setorial e o outro no ambiente institucional. Nas palavras de (BERNHOEFT, 2023 p. s/n) assinala:“[...] Outro ponto a ser analisado é: alguns setores poderão se beneficiar mais que outros. Na proposta apresentada, nota-se uma tendência de beneficiar o setor industrial [...]

[Sumário]

Ainda dentro da visão setorial, apresentaremos a visão de estudo técnico do CFC- Conselho Federal de Contabilidade, sobre o setor de serviços e os impactos nele a serem pontuados:

> "[...] Importante destacar que mudanças tão significativas podem inviabilizar a continuidade de milhares de empresas de serviços, já que o argumento de que o aumento da carga tributária deve ser repassado ao cliente final não se sustenta na realidade prática dos negócios. Essa negociação dificilmente resulta em efetivo repasse de carga e na grande maioria dos casos, gera redução na margem de lucro das empresas. Como consequência, provavelmente, haverá o aumento da informalidade ou a redução significativa da geração de empregos [...](CFC- Estudo Técnico sobre os Reflexos da Reforma Tributária nas Empresas de Serviços Contábeis. CFC, Brasília, 2023 p 10)

> "No ponto de vista institucional haverá queda na arrecadação , por exemplo de municípios que têm reduzido número de habitantes, ou ainda os que têm suas fatias derivadas de receitas advindas de transferências.Esse viés é partilhado por algumas instituições dentre elas, destaque para a CNM Confederação Municipal dos Municípios que elenca os problemas de arrecadação e perdas conexas de alguns de seus filiados no plano tributante-arrecadante:"[...] Para os 108 municípios que podem perder participação na arrecadação com os critérios, a CNM propôs e o relator acatou um seguro-receita garantido pela Constituição até 2079, que separa 3% da arrecadação do IBS para repor perdas [..].[2]

Observe que nos casos apresentados haverá deságio nos níveis de arrecadação, o que hipoteticamente será suportado por um fundo de compensação fiscal. do ponto de vista analitico e tecnico a queda da arrecadação é ponto pacifico, em municípios de baixa arrecadação per capita.Observemos pontos desta realidade, sem a reforma já enfrentadas nas municipalidades, segundo CNM, quando indispostas as receitas do FPM, o escrutínio atual se perfectibiliza assim;

> "[...] O Levantamento apontou, ainda, que houve queda em receitas consideradas relevantes, como no Fundo de Participação dos Municípios (FPM) e no Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), além do aumento das despesas de pessoal, custeio e investimentos". O alvo da análise foi o desempenho da receita primária, por unidade da federação, nos primeiros semestres de 2022 e 2023.[...]De acordo com a CNM, o FPM, que tem papel de principal receita de sete em cada dez municípios, encerrou o primeiro semestre com crescimento, mas é fator preocupação até o final deste ano. Houve retração de 34,5% e de 23,56% nos dois primeiros decêndios de julho e agosto, respectivamente. O impacto negativo foi motivado pelo aumento de restituições e pela queda do Imposto de Renda de empresas de grande porte. Já a cota do ICMS para os municípios recuou 4,5% no país, aumentando a preocupação com as contas municipalistas. Há queixas de atrasos no pagamento de emendas parlamentares federais no primeiro semestre deste ano. A redução, em comparação aos primeiros seis meses de 2022, foi de 73%, passando de R$ 10,43 bilhões para R$ 2,8 bilhões. Segundo a CNM, a queda no total de emendas foi de 58%, com o número de R$ 13,24 bilhões terminando em R$ 5,62 bilhões[...] 3

---

2 Disponivel em: https://www.cnm-org.br/comunicao/noticias/reforma-tributaria-e-necessaria-e-urgente-para-desenvolvimento-do-pais-e–justiça-fiscal Acesso: 13 de Agosto de 2023.

3 Disponível em:https://muzambinho.com.br/2023/08/23/mais-de-51-dos-municipios-operam-no-vermelho-diz-cnm-taxa-em-2022-era-de-7/. Acesso em 21 de Setembro de 2023

[Sumário]

Todavia, nos aspectos centrais da reforma sua configuração pode sugerir o remembramento de municípios, a outros municípios contíguos, caso configure-se em inviabilidade fisco-orçamentária sendo este um dos pontos de enclave maior reformista, Nessa toada ficaria para uma outra reforma a Reforma do Estado Brasileiro.

Por fim estes componentes não são necessariamente efeitos diretos da reforma Tributária, devem ser revisitadas a partir de um novo redesenho a ser contemplada numa reforma de Estado. Novos tempos nos aguardam (…)

Simplificação e Aglutinação no Novo Sistema

Toda mecanicidade que envolveu a proposta da reforma tributária, principiou a partir de uma análise geral pela necessidade de simplificação do processo contributivo fiscal-arrecadatório. Essa permeabilidade floresceu nos maiores setores da sociedade, que estava em caráter de latência só aguardando o momento oportuno para tal ação no contexto jurídico-institucional brasileiro. E isso se consolida nesta reforma, ao menos do ponto de vista da singularidade do pensamento atual (...), pois dentro deste espectro de vontades segmentadas, foram dispostas as correntes de pensamento que amalgamaram esse terreno, e permitiram em cadência própria sua efetivação. Os fatos e as propriedades falaram por si.

Juntamente com estes dois precedentes maiores, ou seja a realidade factual de uma tributação desconectada com a lógica orgânica de tributo, agregada com a realidade temporal da sociedade, foram imersos dentro destes dois principais escaninhos, e ainda foram enviesados conjuntamente não somente a necessidade de reestruturação do sistema, mas também a forma de processamento, que deveria em maior ou menor grau guardar estrita relação com as premissas de uma *"tributação simplificada"* como fonte de correção a burocracia, com que se deparou a sociedade nestes últimos decênios de anos (fala-se em 30 anos aproximadamente) a convivência com esse atual sistema a ser reformulado.

É importante reformulamos a síntese pelo qual a PEC 45/2019 evidenciou em sua forma aglutinadora as excrescências e as discrepâncias do atual sistema tributário, convergindo para uma sistemática de tributação (IVA) na renomada síntese-padrão, Nas palavras de (PORTO, USTÁRROZ & DALL'AGNOL, 2023 p s/n) *in verbis: "[...] Em suma o texto unifica ISS, ICMS, PIS, Cofins e IPI em três novos impostos: A Contribuição Sobre Bens e Serviços (CBS), de gestão Federal; O Imposto Sobre Bens e Serviços (IBS) gerido pelo Conselho Federativo, composto por 27 Representantes dos Estados e 27 dos Municípios; e um Imposto Seletivo (IS) Federal, que incidirá sobre bens e serviços prejudiciais à saúde [...]*

[Sumário]

A clara observância neste sentido foi o ideal de *simplificação e unificação* de tributos *"numa base ampla"* que foi o signo central que adornou o novo modelo. Nessa linha de tirocínio, é importante ressaltar que antes da reforma, que irá instituir essa base alargada, tínhamos sempre *uma base fragmentada* como contraponto, onde as figuras tributáveis, a cada passo sequencializado, era constituída de meramente hipótese de incidência versus obrigação tributária ex lege, o que generalizava a sistemática arrecadatória e confrontava os novos modelos da economia digital e as noviças regras de disruptividade e inovação presentes no cotidiano do tributo.

Nas palavras de (MACHADO MEYER: Reforma Tributária Sobre o Consumo, 2023 p s.n), os gradientes econômico-financeiros e factuais da cobrança e arrecadação eram necessários, para obtermos, as seguintes propriedades no tributo, ipsis litteris:

> "[...] Eleita como prioridade para destravar o crescimento econômico do país e para melhorar o ambiente de negócios, a reforma tributária tem por objetivo unificar os principais tributos sobre o consumo. A reforma segue algumas premissas básicas:
>
> [...] Simplicidade: Facilidade na interpretação e aplicação das normas (mais homogêneas o possível);
>
> [...] Justiça Social: observância da capacidade contributiva; [...] Manutenção da Carga Tributária Global: redistribuição dos tributos sem alteração da carga tributária global (haverá alteração setorial);
>
> [...] Eficiência: Organização da economia conforme a vocação dos negócios (não por aspectos tributários);
>
> [...] Transparência: clareza sobre a carga tributária aos consumidores. [...]
>
> (MACHADO: MEYER, 2023 in: Reforma Tributária sobre o consumo) atual. 07.07.23.

Os autores Machado e Meyer, colocaram em ordem gerencial as premissas que envolve a nossa engenharia tributante noviça:" Bases alargadas, equidade contributiva, eficiência e simplificação, dentre outras, aludindo que tal ressignificado é uma principiologia que permite a retomada da transparência aos destinatários finais, contemplando os consumidores sobre o denominado conhecimento sobre o "peso do tributo" de forma instantânea, sendo este já efetuado na forma de aquisição ou prestação finalística ao contribuinte.

Com todo o espetro aqui já balizado pela premente reforma, é importante neste compilado de ideias destacarmos, posto que foram objetos de aglutinação, dentre eles um grande destaque para a simetria entre o conhecimento prévio por parte dos envolvidos, o que de fato baliza essa relação fisco-tributária, os dias e a facticidade envolvida e necessária desta estrutura; para tal asserção é importante colocar em destaque que o novo arcabouço jurídico-tributário, é pautado no viés da receita derivada (arrecadação), ou seja dinheiro privado, retido de forma coercitiva-legal, na busca de uma finalidade que é organizar a sociedade, ou ao menos mantê-la organizada como estrutura social, e portanto produto da sociedade.(BRITO, 2017). Neste ponto

[Sumário]

a carga tributária é necessária como elemento de coesão social.

Sobre essa última (a denominada carga tributária) é que repousa um maior gravame da reforma tributária como manter os noviços tributos a partir de valores adicionados ou agregados sem a perda efetiva da arrecadação atual. Neste ponto o consenso é a famigerada *"calibragem das alíquotas"* até que o percentual desejado, para tal certeza seja conhecida e determinada como *alíquota-padrão*, aqui repousa vários liames e nuanças a serem efetivados nas fases de implantação, transição e efetivação. Um estudo de projeção governamental aliado a um grande debate no Senado Federal, melhoram ao menos do ponto de vista do tomar conhecimento sobre a tal alíquota calibrada, sendo neste caso objeto de especulação positiva por parte do Secretário Extraordinário da Reforma Tributária Bernard Appy, observe os pontos de sua afirmação:

> "[...] De acordo com ele não há "um número mágico" da alíquota e, para chegar a esse montante, é necessário primeiro exaurir o debate em torno do que entrará e do que sairá da alíquota-padrão. "Geralmente as pessoas olham e fazem a conta considerando só uma parte dos efeitos. O mais importante de tudo é que vamos manter a carga tributária atual. [...]
>
> [...] "A Gente não tem um número, a gente tem um escopo em função de determinadas hipóteses", disse Appy [...] [4]

Embora neste contexto entre as votações da Câmara Federal e Senado Federal respectivamente, com todas as reanálises temáticas necessárias a votação do texto integral ou parcial, sobre a especificidade deste tema, tem sempre um viés estratégico na definição da alíquota-padrão, pois depende sempre de estudos além da esfera de conteúdo meramente político, neste caso o espectro técnico e jurídico anda ladeado, sem escapadelas, suprapartidário. Nessa linha adotando uma performance de ordem técnica da reforma, sabe-se que em termos de ajustes, tais alíquotas-padronizadas ficariam entre, os percentuais moderados, equilibrado e progressista na faixa, respectivamente de seus 25%; 27% e 30%, em cotejo com a atual.

Do ponto de vista da análise técnica, importantes conselhos CFC e COFECON, e IPEA respectivamente Conselho Federal de Contabilidade e Conselho Federal de Economia, e um órgão intergovernamental de pesquisas socioeconômicas, nos orienta a refletir no seguinte horizonte, de uma alíquota mais multisetorial possível, ajustadas a previsão governamental e institucional. A partir das seguintes constatações;

Nessa análise técnica o CFC, Conselho Federal de Contabilidade, 2023 p 8 apresentou o seguinte estudo, num primeiro momento ela faz uma projeção nos três cenários factíveis da reforma, demonstrando o acréscimo de carga tributária, em termos percentuais, Vejamos:

4 Disponível em: https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/noticias/2023/julho/projeto-de-governo-da-reforma-tributaria-volta-ao-debate-no-senado-federal Acesso em: 12 de Agosto de 2023

[Sumário]

Quadro esquemático: CFC, 2023 p 8 in: Análise da reforma tributária

Projeção	Cenário 1 (25%	Cenário 2 (28%)	Cenário 3 (30%)
Receita da Prestação de Serviços Contábeis	R$ 150.000,00	R$ 150.000,00	R$ 150.000,00
Lucro Presumido = IRPJ e CSLL (32%)	R$ 48.000,00	R$ 48.000,00	R$ 48.000,00
IRPJ Recolher (15%)	R$ 7.200,00	R$ 7.200,00	R$ 7.200,00
Adicional IRPJ (10%)	R$ 2.800,00	R$ 2.800,00	R$ 2.800,00
CSLL a Recolher (9%)	R$ 4.320,00	R$ 4.320,00	R$ 4.320,00
IVA a Recolher (27%)	R$ 27.300,00	R$ 30.576,00	R$ 32.760,00
Carga Tributária Total	R$ 41.620,00	R$ 44.896,00	R$ 47.080,00
Carga Tributária Total (% sob faturamento)	27,75%	29,93%	31,39%
Aumento de Carga Tributária em	100,42%	116,20%	126,72%
Aumento de Carga Tributária em %	13,90%	16,09%	17,54%

Conselho Federal de Contabilidade, 2023 in: Estudo da reforma tributária[5]
Impacto comparativo entre os cenários simulados e a carga tributária atual sobre a receita bruta

Comparativo	Carga Tributária Atual	Cargas Tributária CBS e IBS (25%)	Cargas Tributária CBS e IBS (28%)	Cargas Tributária CBS e IBS (30%)
Aumento da Carga Tributária	13,84%	13,90%	16,09%	17,54%

Conselho Federal de Contabilidade, 2023, p 8- 9 in: Estudo da reforma tributária[6]

5 Disponivel em: https://cfc.org.br/wp-content/uploads/2023/08/
Versao_14_08_ReformaTributaria_CFC__ServicosContabeis.final_.pdf Acesso em 23 de Setembro de 2023
6 Disponivel em: https://cfc.org.br/wp-content/uploads/2023/08/
Versao_14_08_ReformaTributaria_CFC__ServicosContabeis.final_.pdf Acesso em 23 de Setembro de 2023

[Sumário]

Nessa análise técnica e o aumento de carga tributária é expressivo, demonstrando que na análise em recorte, para o setor serviços no referido regime tributário, haverá´ indubitavelmente aumento de carga tributária, independente do cenário em apreço.

Outra análise da reforma tributária efetuada pelo COFECON, que não leva somente aspectos gerais de e elevação da carga, mais tende a ser mais conclusivo em relação aos aspectos circundantes da tributação, observe a lógica mais ampliada sobre o que de fato representa a reforma em comento, na visão do setor de classe da economia

> "[...] Nesse passo, alguns dados merecem destaque: em 2015, no Brasil, 22,7% do produto da arrecadação tributária foi proveniente de tributos sobre a renda e o patrimônio, 49,7% foram provenientes do consumo e 27,6% definidos como "outros" (basicamente incidências sobre a folha de pagamento). Nos países mais evoluídos – EUA, Japão, Alemanha, Reino Unido, França, Itália e Canadá – as práticas tributárias estão pautadas numa lógica bem diversa, na qual a tributação direta tem mais importância. Nos Estados Unidos, por exemplo, naquele mesmo ano de 2015, a arrecadação com Imposto de Renda e com tributos que incidem sobre o patrimônio representou 59,4% do total arrecadado, enquanto 17% vieram da tributação sobre o consumo e 23,6% de "outros"; os dados médios para os países da OCDE são, na mesma sequência, 39,6%, 32,4% e 28%. [...][7]

Outra análise da reforma tributária efetuada pelo IPEA, que não leva somente aspectos específicos, mas a elevação em termos setoriais.

> "[...]Mais recentemente, Silveira et al. (2022) utilizaram a edição mais recente da POF (2017-2018) para avaliar a regressividade dos tributos indiretos no Brasil. O gráfico 3 mostra a incidência dos dois tipos de tributos, indireto e direto, na renda total por faixa de renda familiar per capita. Fica evidente que, considerando apenas os tributos indiretos, quanto menor a renda familiar per capita, maior é a carga tributária. A carga dos tributos indiretos pagos pela faixa de menor renda é 21,2% de sua renda per capita, enquanto a de maior renda paga 7,8%. Ainda que se adicione todos os tributos, a carga total da faixa de menor renda é de 24,3%, em contraposição à de maior renda, que paga 18,7%. Como os tributos diretos têm peso menor na economia, eles não conseguem compensar o grau de regressividade gerado pelos tributos sobre o consumo de bens e serviços
>
> [...] Silveira et al. (2022) concluem, ainda, que a desoneração ou isenção de determinados bens e serviços, com o objetivo de melhorar a distribuição da renda pós-tributação, se mostra pouco eficaz. Os autores afirmam que, 3. O PIS/Cofins tem variações que em algumas situações se assemelham a um imposto sobre valor adicionado (VA). 4. O ICMS incide apenas sobre os serviços de geração e distribuição de energia e água, telecomunicações e transportes de carga, que ficam isentos de ISS ainda que atenuem a regressividade em algumas rubricas de despesa, não implicam, no conjunto, em redução da regressividade da tributação indireta e, portanto, não têm impacto concentrador da renda. Uma das críticas que se fazem a esse instrumento tributário é que ele não consegue alcançar apenas as faixas de menor renda. Outra crítica

7 Disponivel em:https://www.cofecon.org.br/2019/03/27/nota-do-cofecon-nao-se-discute-uma-qualificada-reforma-tributaria/ Acesso em 23 de Setembro de 2023. pdf

[Sumário]

> é feita quando se avalia a lista de bens alcançados por desonerações e isenções, já que ela inclui artigos que não são consumidos por essas faixas de renda. Ressalve-se que Silveira et al. (2022) defendem a ampliação da tributação sobre a renda e o patrimônio e a redução do peso da tributação indireta, até, se necessário, com aumento de carga tributária na transição. Todavia, pode haver espaço para se fazer essa necessária transformação. Há que se avaliar a tributação do consumo de bens e serviços pela ótica da neutralidade e da eficiência produtiva [..][8]

Os dados entre estes três setores da economia nos permitem extraímos a seguinte asserção: setorialmente, por base tributação e por renda per capita, que mesmo em anos diversos mantêm uma singularidade, em termos percentuais na composição da reforma.

Por Setor da Economia	Por Base Tributação	Per capita/Hipossuficientes
Dados de 2023	Dados de 2015	Dados de 2022
Peso da Carga Tributária	Tributos	Parciais/Totais
13,24% em 25%	Renda em 22,7%	21,2% a 24,8%
16,09% em 28%	Patrimônio 49,7%	7,8% a 18,7%
17,54% em 30%	Consumo 26,6%	
Conselho Federal de Contabilidade	Conselho Federal de Economia	Instituto de Pesquisa Aplicada

Fontes: CFC, COFECON e IPEA in: reforma tributária descritiva.

8 Disponível em:https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/wp-content/uploads/ 2023/07/230706_cc_60_nota_01_reforma_tributaria.pdf. Acesso em 23 de Setembro de 2023

[Sumário]

Consumidor Final

O Consumo pode se predizer neste momento que é o âmago e a síntese basilar do reformismo tributário, sendo a ele creditado o maior gravame da noviça reforma tributante.

Sabe-se que as bases principais por onde se instrumentaliza a tributação, ao menos do ponto de vista Brasileiro, são três bases: Renda, Propriedade e Consumo, sendo este último o ponto exponencial da lógica moderna na nova economia, não somente a brasileira, mas em níveis internacionais. Basta um olhar mais criterioso para identificar que o valor adicionado/agregado estará firmemente atrelado ao escopo finalístico na base de consumo.

Identificadas essas premissas, e constatadas essas asserções, a “ponta de lança” desta reforma tem como fiel escudeira, as boas práticas que se tem visualizado no cenário global, e é importante neste caso, colocar em destaque que a fonte propulsora em sentido amplo da tributação está na base ampliada consumerista objeto finalístico da reformulação. Tudo isso nos remete a uma grande indagação: *"Quais são de fato as fontes que dão origem, ou melhor, que lastreiam esse conjunto de fatores orgânicos no qual se sustenta o consumo?”*

A resposta parece simples mais não é;

E nessa toada é importante ter como reserva operacional, o conhecimento de toda a sistemática que envolve a cadeia produtiva, seja setorialmente nos variados âmbitos desde a indústria, passando pela prestação de serviços e no comércio propriamente dito, por onde os escaninhos noviços de tributação permitirão haver o creditamento/debitamento para entendermos os aspectos centrais que instrumentalizam a operação, para ao fim entendermos os gradientes de compensações e descompensações do cerne faturalista da cadeia em movimento, primeiro para respondermos a pergunta, e segundo para evidenciar de forma analítica, quem de fato suportará a sequência de eventos da noviça reforma. a resposta nos parece caminhar objetivamente nos dois casos, ao concomitante ao consumidor final.

E é nesse ponto, é que paira a maior celeuma, pois quem de fato vai suprir a lacuna entre o direito deste consumidor final e a sua relação com a cadeia de creditamentos/debitamentos na relação finalística com a tributação noviça?

A questão mais emblemática está nos meandros que sub cercam essa demanda, pois sabe-se que nesta relação de suprimentos envolvendo produto, serviço ou comércio o evento consumo por si só não tem em sua inércia pragmática na relação com a causalidade elementar do referencial para com o consumidor. Pois repousa nesta lógica, que não basta apenas ser o objeto finalístico na estrutura, tem que haver conexão entre a relação tributária e seu destinatário final, o consumidor.

[Sumário]

É aqui que se apresenta oportuno o viés de criação de um código do consumidor, que traduza em si a viabilidade de reconhecimento de toda a operacionalidade na consecução de tal objetivo em atender e oxigenar e amparar juridicamente o consumidor, dentro dos cases finalísticos que envolve tal desiderato. Pois, não basta termos um sistema estruturado a somente creditar e debitar dentro do recorte da compensação, é preciso uma atenção concomitante ao elemento chave da cadeia, o destinatário final, que em tradução, se perfectibiliza no consumidor. *"Se faz necessário um código para o contribuinte"*.

Neste ponto é preciso apontar quais critérios são relevantes e quais propriedades nos levam a dar garantias ao consumidor na relação fisco-contribuinte, em graus de paridade de armas jurídicas, constatando este ser um relevo importante de emprego e ajustamento de inter relações no espectro da noviça estruturação da reforma tributária em comento.

Neste tirocínio, é possível depreender que a necessidade de um código do contribuinte, traria junto com a reforma, a segurança jurídica, tão necessária, quanto ao próprio ideal da reforma.

Nas palavras de (HAIDAR, 2021 p s/n) in verbis: *[...] Um dos direitos sociais certamente é a proteção aos contribuintes contra eventuais abusos do fisco [...]*[9]

Já tramita na Câmara Federal o projeto de Lei Complementar PCP 17/2022 do Deputado Felipe Rigoni (ES), que tem por objetivo a diminuição da assimetria que existe na relação entre os contribuintes e o fisco. Vejamos pontos mais assertivos, conceituais da proposta: [...]

> "[...] O projeto de Lei Complementar (PLP) 17/2022 institui um Código de Defesa dos Contribuintes, com regras gerais sobre os Direitos e garantias do contribuinte, e deveres da fazenda pública (da União, Estados, Distrito Federal e Municípios) A proposta tramita na Câmara dos Deputados [...] [10]

O ponto fulcral aqui é equilibrar a relação fisco-contribuinte, sobre questões envolvendo tratamento adequado e equiparado ao contribuinte, que conjugados com a facilitação de acesso de informações nos bancos de dados tributários das fazendas públicas, teria a facilidade de trazer garantias a o contribuinte com eficácia vinculante em face de eventuais nevralgias, apresentadas pela Administração tributária vinculada.

A partir deste ponto, já explanados os pontos de defesa do contribuinte que devem ao menos ser contemplados na reforma, ou na pós-reforma, retomaremos a sistemática do IVA e sua interação com o sistema tributário em reforma.

---

9 HAIDAR, Raul. Revista Conjur, 2021 p s/n

10 Disponivel em: https://www.camara.leg.br/noticias/862901-projeto-institui-codigo-para-garantir-direitos-de-contribuintes/ Acesso em: 13 de agosto de 2023

[Sumário]

Como o IVA é um sistema moderno de tributação, pois desloca-se no sentido de eliminar a referência da cumulatividade, desburocratizando e simplificando o sistema, é ajustável predizer que dentro do signo da ênfase consumerista, o IVA no caso brasileiro Dual, apresenta unicidade, com mecanismo de interação tributante, tornando condigna com a desoneração do consumo e focando nos graus de transparência atual. Neste ponto temos a seguinte constatação:

> "[...] Além de unificar o tributo, o IVA tem um mecanismo que faz com que sua cobrança não seja cumulativa ao longo de sua cadeia de produção. No jargão econômico, isso significa que as empresas poderiam recolher o imposto com um "desconto" do valor pago que já foi pago anteriormente ao longo da produção[...]
>
> [...] Ou seja, o IVA evita a chamada bitributação, que é o pagamento de tributo sobre tributo [...][11]

O consumo no Brasil como base de tributação, foi ao longo de sua existência subsidiado pelo espectro fiscal burocrático cumulando (pelas regras de cumulatividade, ou duplo grau de cobrança) que atendia determinados setores, ora os onerando, ora os deixando pródigos dentro desta situação o que configurava em última análise que alguns suportavam outros na cadeia tributária. Neste ponto o consumo enviesado pelo Pacto Federativo, era uma relação jurídica trienal entre os entes, formada para alojar-se dentro de uma hipótese de incidência (base legal) que o gerencia de forma diversa, a denominada base fragmentada.

O consumidor final "arcava" com a lógica arrecadatória-predatória que cumulava sempre creditamento pró-fisco que cumulava e ainda acumula nesta (pré-reforma), creditamentos somente pró-fisco e debitamentos aos contribuintes finalísticos.

Aqui não estão alocados os créditos tributários, que as empresas auferem com a substituição tributária, por entendermos que esta nada mais é do que a extraordinariedade do crédito fiscal, já consumado ou a se consumar na relação tributária.

Outrossim, a Reforma vem dentro de um espectro de "resgate" atenuando as mazelas de uma sistemática complexa e inviável, que imperou em nossa ordem tributária nos últimos anos incoerentemente com o realismo fiscal da sociedade.

Era o fazer caixa por caixa as fazendas públicas competentes, não estamos valorando se tal ação era correta ou não, apenas efetuamos uma constatação desta realidade, apenas. A nova reforma tem a pretensão de efetuar uma correção pelo princípio da não-cumulatividade em sua sistemática de arrecadação.

11 Disponível em: https://g1.globo.com/economia/noticia/2023/07/05/reforma-tributaria-por-que-o-brasil-e-um-dos-poucos-paises-do-mundo-a-nao-ter-um-imposto-unificado.ghtml Acesso em: 13 de Agosto de 2023

[Sumário]

Um outro ponto de maior recorte desta reforma está na conjugação e no alinhamento que se pretende auferir em termos de justiça social e/ou compensação tributária, Neste ponto os hipossuficientes de arrecadação teriam uma modalidade salvífica o nominado e prolatado *cashback*, em palavras simples, trata-se de um programa direcionado para famílias de baixa renda, a partir da seguinte concepção; o entendimento de que o crédito tributário do consumo deve haver congruência com sua finalidade, desonerando os menor poder aquisitivo. Neste sentido pondera-se a seguinte perspectiva, in verbis:

> "[...] O Secretário Extraordinário da Reforma Tributária explicou ainda a relação direta entre a desoneração de produtos da cesta básica e o espaço disponível para o programa de *Cashback* para famílias de baixa renda, segundo ele quanto maior a desoneração menor será o alcance do programa *cashback*. [...]
>
> [...]Ressaltou que cabe ao Congresso decidir como se daria esse equilíbrio, de acordo com o Secretário, o *cashback* é um mecanismo focalizado, que devolve parte dos impostos pagos para famílias de baixa renda [..]
>
> [...] Quando você desonera a cesta básica, você está reduzindo o imposto para todo mundo, para o pobre e para o rico. Segundo a pesquisa de orçamento familiar, o rico consome três vezes mais produtos da cesta básica do que o pobre, em termos absolutos. Então é um benefício maior para a família rica. Para a família pobre com *cashback* você consegue fazer isso (justiça tributária) de forma mais focalizada", explicou [...][12]

Nesses pontos, quais são as nevralgias mais elementares deste escopo basilar, a focalização apenas não corrigem tais distorções em sua totalidade, tem de haver mecanismos mais congruentes nesta agregação, isso fica representado pois há um hiato importante ser considerado, a desoneração por si só não é e nem se faz de fato justiça tributária, é preciso amalgamar a condescendência com a realidade fático-financeira das famílias de baixa renda e a conexão desta com a inversalidade com as famílias de maior renda, para que a equalização tenha realmente efeito propositalmente assertivo na realidade fico tributária dos contribuintes no sentido isonômico em questão.

Os instrumentos de justiça tributária, nesse caso devem se adequar a mecanismos que atenuem essas discrepâncias, ao menos do ponto de vista do creditamento. Um gargalo jurídico se abre, e promete ter embates futuros, nestes aspectos em comento.

Impactos da Reforma

Nos tópicos anteriores, priorizamos os recortes sistêmico-estruturados, para fortalecermos os pensamentos sobre as potencialidades e potencialidades das bases consumidoras, trazendo à baila todos os possíveis elementos genéricos-exegético da estrutura e sistemática tributária atual, para partir deste momento fazermos uma dilação pontos sobre quais impactos a reforma

12 Disponível em: https;//www.gov.br/fazenda/pt-br/noticias/2023/julho/projeto-do-governo-da-reforma-tributaria-volta-ao-debate-no-senado-federal Acesso em:12 de Agosto de 2023

[Sumário]

traz em sua instrumentalidade de reestruturação para a cidadania fiscal.

Nesse ínterim, os pontos, de maior impacto da reforma se visualiza a partir da organicidade do sistema, apresentam nevralgias internas e externas, um dos pontos que mais tem um horizonte próximo, está na referência da escalabilidade econômica setorial, onde dentro de um viés pragmático a política tributária terá maior efeito e outros pela qual ela vai tangenciar, todavia em gradientes de impactos menores e de menor consequencialidade.

Faremos uma análise destes impactos de forma técnica político-econômica da reforma, para ao fim interpretarmos essa realidade ao leitor, demonstrando tácita e expressamente quais contextos sofrerão impactos em larga medida em seus graus de contingenciamento em face às demandas dos segmentos da vida orgânica da sociedade brasileira.

Neste ponto os perfis devem ter um grau de detalhamento, mais efetivo que permita o jurisdicionado observar as consequências setoriais, por exemplo, e neste caso apresentaremos um modal serial, o setor de serviços, para o caso de se faz uma descrição analítica, de um prestador de serviços com base no lucro presumido atual ou seja (pré) reforma. apresentamos duas tabelas com suas respectivas tributações dentro dos respectivos regimes, um pré e o outro após reforma. Nas palavras de (BORGES ,2023 p s/n): Quadro Sinótico: BORGES,

Lucro Presumido		**IVA – CBS/IBS**	
IRPJ	4,80%	IRPJ	4,80%
CSLL	2,88%	CSLL	2,88%
PIS	0,65%		
Total	11,33%	Total	16,68%
ISS	5,0%	IBS	16,00%
Total	**16,33%**	**Total**	**32,68%**

Outras análises e diagramas, colocaremos em evidência, para melhor compreensão, do leitor. Partirmos de uma outra análise técnica, política e econômica da reforma, na visão de outros

13 BORGES, Pâmela in: Reforma Tributária: Impactos nos Prestadores de Serviços, 2023. Plataforma Linkedin, in verbis. Acesso em 05 de Agosto de 2023.

[Sumário]

autores para melhor conhecermos a visão de mundo tributário de um e outro a partir dos dados compilados em análise.

Nesse ínterim, dos diagramas e palavras e configurados todos os aspectos do estudo macro da reforma, outras etapas fará horizonte próximo para com outras bases tributárias (renda e propriedade), que também terão sua singularidade no espaço reformista em comento. as etapas seguintes dentro da nova fase da reforma trarão o formato a ser revisitado ordinariamente. Neste ponto, uma das questões mais reflexivas no cenário da tributação, é como se dará o reflexo na reforma na renda e no patrimônio, como aludidos por aqui e não somente no consumo.

Nesse alinhamento, nos reorienta (CATTO, 2023 p/n) apresentando a seguinte preposição:*" [...] Apesar do foco do consumo, o texto aprovado na Câmara dos Deputados também trata da tributação da renda e patrimônio [...]".* E prossegue nesse foco, enunciando que a reforma baseada com centralidade no consumo, trará em momentos oportunos novidades sobre as bases da renda e da propriedade, destacando as seguintes inovatividade jurígena a ser reformulada, observe atentamente os pontos retransmitidos pelo autor em comento:

> [...] Na base da propriedade haverá [...]
>
> [...] Cobranças para jatinhos, iates e lanchas, que atualmente não pagam tributos; e possibilidade de imposto progressivo de acordo com o impacto ambiental do veículo [...]
>
> [...] E no IPTU (outro ponto da base com viés de propriedade); sobre o tema a CNM- Confederação nacional dos Municípios, haverá previsão para que prefeituras possam atualizar a base de cálculo do imposto por meio de Decreto, a partir de critérios gerais previstos em lei municipal [...][14]

Isso colocado na base da proposta, denota não apenas um reformismo fiscal contido, mas traceja os pontos culminantes e limiares para externalização de uma necessária reforma tributária em seus variados contextos de aplicação prática. Aqui houve uma reconsideração sobre o pacto federativo, que se alinham no espectro da reforma uma conexão meritória com os demais entes municipais e estaduais, ao perfectibilizar lhes autonomia em corresponsabilidade nas políticas tributárias locais e regionais e para seu desenvolvimento apropriado tecnicamente.

Outro ponto de boa reflexão, está no IS no denominado Imposto seletivo, esta modalidade tem sempre o amparado de estar no limbo das voluptuosidades humanas, ou seja, nos gradientes não tão essenciais, enquanto necessidade, neste ponto é até denominados por alguns, como "imposto do pecado" popularmente conhecido, dado aos gradientes em que seu consumo/ insumo tem características de "preço do envaidecimento". adjetivos a parte, o óbvio neste caso preciso ser levado também a reflexão, sobre o tal imposto e sua contribuição a efetiva carga tributária.

---

14 Disponivel em: https://g1.globo.com/economia/noticia/2023/07/06/reforma-tributaria-por-que-o-iva-e-visto-como-um-imposto-moderno.ghtml Acesso em 12 de agosto de 2023

15 AIKO, in: Revista Valor Econômico, 2023 p 1.

[Sumário]

Segundo (AIKO, 2023 p 1) *[...] O Seletivo deve entrar na base de cálculo do IVA. Esta inclusão deve decorrer para que não haja diferença na carga tributária entre a venda direta da indústria para o consumidor final e vendas através de varejistas [...]*[15]

Esse imposto foi efetuado a competência da Federal, ou seja, cabendo a União neste caso versado nos gradientes de sua competência, para trazer o melhor efeito deste imposto com viés de cidadania, cabe lembrar aqui, que graus como essencialidade, nocividade e desenvolvimento ambiental e sustentável, serão as bases ampliadas para alcance deste tributo.

Segundo (FERRAZ & FREITAS, 2023 p 1) assinalam, in verbis:*" [...] após a reforma; [...] IS, imposto Seletivo; [...] substituirá o IPI, em operações específicas, será um imposto específico que será recolhido sobre serviços prejudiciais à saúde, ao meio ambiente por exemplo [...]"*[16]. Nesse alinhamento temático-ontológico, (SABBAG, 2014 p 427) pontualiza:

> "[...] Mais do que isto, apresenta-se a seletividade como uma inafastável expressão de praticabilidade na tributação, inibitória da regressividade na média em que se traduz em meio tendente a tornar simples a execução do comando constitucional, apresentável por meio da fluida expressão: "sempre que possível" constante do art. 145 § 1º, CF. A seletividade mostra-se, assim como o "praticável" elemento substitutivo da recomendação de personalidade, prevista no citado dispositivo, no âmbito do ICMS e do IPI, como a solução constitucional de adaptação de tais gravames à realidade fático social [...][17]

Nesse aspecto apesar da unicidade do ICMS e do IPI, estarem contemplados num IVA dual a aglutinação destes, em espectros reformistas, traduz-se numa neuralgia a ser realocada na sistemática reformista tributária em comento, com todos os seus pontos e contrapontos vitais.

Outra base impactada pela reforma, está no recorte a ser dado à Renda dentro suas múltiplas versões socioeconômicas aliada a perspectiva tributária, isoladamente.

Neste propósito é importante consignar variados vieses dentro do mesmo espectro de ajuste macroeconômico (espectro aqui entenda-se a relação da contribuição do tributo no PIB nacional). A primeira premissa seria colocar em destaque a Renda provenientes de pessoas jurídicas IRPJ, processo este que em curso teria a façanha de trazer a denominada "equidade tributária", quando apenas vemos sobre uma única ótica sem considerar suas variáveis, ou em palavras mais singelas, paga-se mais quem mais aufere rendimentos, dentre outras a tal progressividade-regressividade fiscal.

Todavia num cenário de escassez de recursos, é importante trabalharmos os quesitos dos

16 FERRAZ&FREITAS, in: Ferraz & Freitas Advogados, 2023 p 1

17 SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 6ª edição. São Paulo, 2014 p 427)

[Sumário]

fluxos financeiros que hoje são globais, portanto, atrair investimento é tão preciso quanto manter investimentos (aplicações em ambientes investíveis internos), para não ocasionarem o que comumente ocorre nos países que tributa com maior gravame a renda, a questão da fuga de capitais, ou cenário de desinvestimento, em ambientação insalubre para os negócios. è importante um olhar mais abrangente sobre a renda e sua taxatividade e tributação.

O exemplo clássico é a *tributação de dividendos* que se randomiza no cenário econômico-tributário, ora como benéfica ou maléfica sistematicamente. neste caso (dividendos) pode hacker fuga ou convergência arrecadatória, basta interpretarmos que os ditos *"afortunados"* estão sempre à procura de maximização de seus lucros, e em caso de impasse tributante nesta vertente, instrumentaliza-se um "êxodo" de capitais, recursos e investimentos estruturais na sociedade.

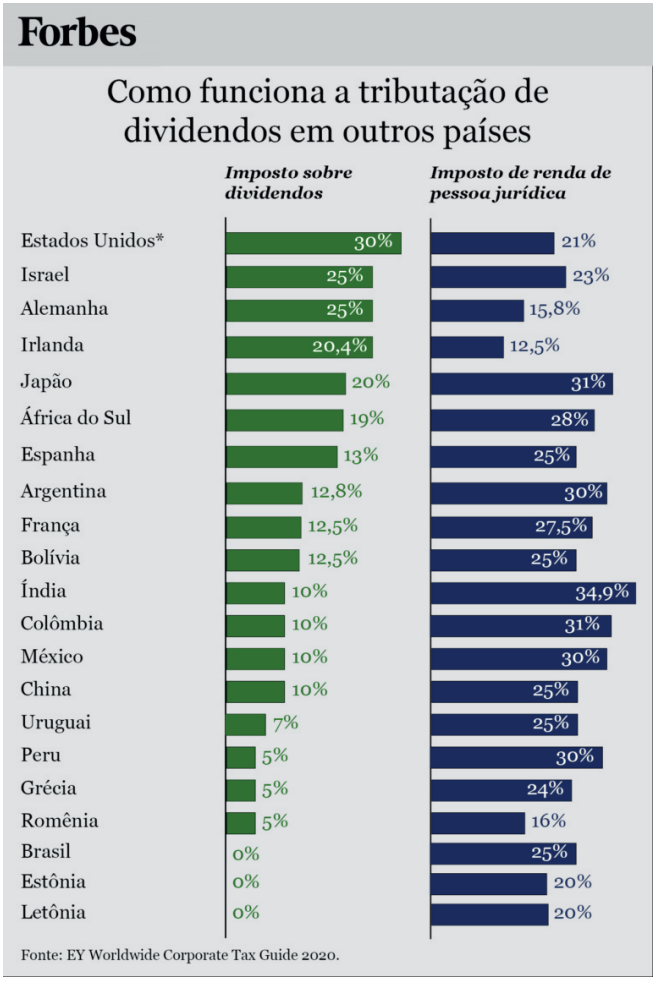
Neste sentido nos realinha (BERNHOEFT, 2023 p sn) Ele ainda acrescenta ponderadamente da referida ocorrência cronológica desta no cenário pátrio de tributatividade:

> [...] sobre o pagamento de dividendos das pessoas jurídicas para seus acionistas, atualmente é isento de tributação, mas nem sempre foi assim [...][...] Antes de 1996, a distribuição de lucros ou dividendos tributada pelo Imposto de Renda, a alíquota de 15% e, com a edição da Lei 9249/1995, os lucros ou dividendos auferidos com base nos resultados econômicos apurados a partir de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas não ficariam mais sujeitas à incidência do Imposto de Renda na Fonte IRRF e deixariam de compor a base de cálculo do Imposto de renda IR dos beneficiários, pessoas físicas ou jurídicas,

18 BERNHOEFT: in Reforma Tributária: Principais partes mudanças e Impactos, São Paulo. 2023 p 7-17

[Sumário]

FORBES, 2022 p s.n[19]



Fonte: Forbes, 2021 p/s/n . In: O Brasil é um dos poucos países que não tributa dividendos.[19]

domiciliados no país ou no exterior [...][18]

Aqui temos a distensão sobre um dos gradientes mais discutidos do ponto de vista a ser reformulado, todavia em sua instrumentalidade, ou seja, seus mecanismos-chaves para asserção desta empreitada, está em construtividade e aberta a relação dialógica sobre qual formato consignar-se-á neste processo de equalização fiscal-tributário dos dividendos na atualidade. A etapa posterior da reforma perfectibiliza qual “quadrante-objeto” ficará vinculada. nesta lógica a reforma tende a reestruturar a taxação da distribuição de lucros e dividendos de empresas para pessoas físicas PF’s seguimento os ditames mínimos do que é ofertado no sistema internacional. o cenário desta visão está aberto, o avanço dependerá dos liames e das tratativas neste pensamento. Veja o exemplo de como funciona em outros países, segundo a (FORBES, 2022 p s/n) Grande neuralgia segue neste sentido a ser reajustada sistematicamente a tributação.

19 https://forbes.com.br/forbes-money/2021/07/por-que-o-brasil-e-um-dos-poucos-paises-do-mundo-que-nao-tributa-dividendos/ Acesso em 23 de Setembro de 2023

[Sumário]

Nesse aspecto, apesar dos ingredientes já discutidos, nos pondera o Secretário Extraordinário da Reforma Tributária, assegurando conceitualmente que: *[...] o Brasil é um dos poucos países que não taxam [...]; [...] Estudos do Instituto de Pesquisa Econômica- IPEA, indicam que outras quatro nações também não tributaram esses rendimentos: Estónia, Letónia, Eslováquia e Romênia [...]*. O assunto como se apresenta, cabe muita discussão e aprofundamento sobre o que de fato é melhor para nossa sociedade Brasileira.

Outro ponto de grande balão de ensaio nesta construção tributária, está no consenso de que há setores muito onerados, onde por exemplo se tem itens de primeira necessidade, onde é preciso contemplar naquele ambiente de maior necessidade a população hipossuficiente, que tomando por base uma principiologia de "justiça tributária deve ter creditamentos na relação de consumerista, fala-se novamente via *cashback*.

Neste ponto, o Secretário Extraordinário da reforma tributária, destaca o porquê de um cashback e não uma desoneração direta ou isenção como aventado por alguns especialistas no assunto. Vejamos seu pensamento nos parâmetros de criteriosidade elencados por ele, nessa feitura, e ainda emenda usa fala rediscutindo os pontos cruciais desta propositura., *in verbis*:

> *[...] A principal diferença é o foco. Ele é desenhado para beneficiar, sobretudo as famílias de menor renda, o Cashback é um instrumento extremamente poderoso para reduzir a regressividade da tributação do consumo, muito mais do que qualquer outra medida como a desoneração da cesta básica. É muito mais focalizado e alcança de fato as pessoas de menor renda [...]*
>
> *[...]O cashback se justifica em qualquer cenário, porque as famílias de menor renda não consomem só cesta básica, gastam com eletricidade, conta de celular, manutenção do lar, transporte e uma série de outros itens, defende Appy"[...]*
>
> *[...] Um estudo feito pela Secretaria de Política Econômica há alguns anos mostrou que o efeito de redução do índice de GINI de 1 bilhão de reais alocado no bolsa família, ou seja, alocado na população de menor renda, era 12 vezes maior que a desoneração da cesta básica. teoria e prática mostram que é um instrumento extremamente eficiente para reduzir a regressividade da tributação do consumo [...]*[20]

20 Disponivel em: https;//www.confecon.org.br/2023/08/25/bernard-appy-cashback-tributario-se-justifica-em-qualquer-cenario/ Acesso em: 26 de Agosto de 2023

[Sumário]

A reforma nestes casos, apenas dar-se-ia caráter mais preciso, em relação à capacidade contributiva, o embrião máximo do postulado do consumo, operacional no reformismo tributário e inarredável a relação atual de cidadania fiscal.

Reflexões Pontuais

A necessidade da presente reforma em nosso sistema estrutural de tributação se oportuniza dentre de vários vieses dentre eles, destacamos o espaço de intertemporalidade, pois ao que se verifica não deve apenas se estruturar a partir de eventos pontuais, mas deve ser um dínamo economia digital, a disrupção do modus operandi de trabalho, deve-se atentar ao escopo do comércio eletrônico com suas bases ampliadas e sua configuração para eventos da nova economia 4.0 e subsequentes no consumo e nas outras bases.

Reformular um sistema tributário nos leva a empreender toda uma lógica que deve ser permeada pela sociedade na construção, de sua cidadania, do seu estado fiscal e da sua correlação com o desenvolvimento sustentável econômico e ambiental, dentre outras demandas sociais.

[Sumário]

Conclusão

A análise dos dados empíricos e teóricos relativos sobre a reforma tributária, nos leva a seguinte, como deslocar dentro do escopo principal as demandas atuais por um sistema mais enxuto, dinâmico e sustentável, e que se auto viabilize com parâmetros internacionais de tributação. Nesse ponto efetuamos um *in passat* sobre, aqui nuanças da atual reforma tributária podem ser considerada como reformismo fiscal e quais podem ser retratadas como reformismo tributário sistemático. nesta perspectiva, obliterou se traduzir em um espelhamento mais conciso, se os reformismos tributantes eram de ordem apenas fiscalizados ou se consignaram num aporte de reforma tributante necessária, ou seja, se ampliaria o escol de elementos da relação jurídico-tributária na atualidade da sociedade brasileira.

Nesta senda trabalhamos os pontos mais dogmáticos-exegéticos a fim de elucidar dentro da centralidade reformista, qual empreendimento de resposta melhor atende as características de uma boa reflexão ao tema em recorte por parte da sociedade brasileira. neste ponto a preta não foi alcançada, bastando apenas ajustarmos a bússola dentro de um horizonte próximo.

Cotejando esses elementos, que fizeram nos adentrar em vários escaninhos por onde a sistemática de tributação se perfilhou nesses últimos decênios de anos, pois foi somente após a Constituição Federal de 1988, é que o redesenho de nossa ordem tributária institucional foi montada, sabia-se que no futuro seria necessário ajustes temáticos devido ao crescente demanda por novas legislações que acompanhassem os incrementos de desenvolvimento humano, tecnológico, espacial e econômico.

Neste ponto ao longo da produção deste artigo, efetuamos novos *in passant*, visando atingir uma melhor adequação de ideias e ideais que pudessem nos fortalecer e trazer conteúdo a nossa sociedade, trabalhamos os elementares mais emergentes, as que mais trazem desassossego, traduzindo ora os pontos favoráveis da reforma e os contrapontos que farão em maior ou em menor grau do cotidiano da realidade tributária em geral.

O ambiente de negócios trouxe para a reforma um determinismo sintético, neste caso operando dentro das evoluções econômico-financeiras instrumentalizou-se uma conexão de entrelaces próprios, visando em última análise atingir seu desenvolvimento, seu desenho disruptivo da realidade e sua ascensão enquanto produto social lente necessário a realidade social. Assuntos como código do consumidor, dentre outros tantos temas em recorte aumentaram nossa reflexão e atenção à reforma tributária.

Por fim, nos limites de um artigo ficaremos no aguardo de novos capítulos, em face a celeridade da economia e dos meandros que possam dela extravasar no contexto tributário futuro. A conclusão é que a reforma dentro de todos os seus enlaces e desenlaces apresenta-se como uma reforma tributária necessária para o desenvolvimento da cidadania fiscal efetiva.

[Sumário]

Referências

ABRUCIO, Fernando Luiz. Os Barões da Federação: os Governadores e a Redemocratização Brasileira. São Paulo: Editora Hucitec, 1998.

.AIKO, in: Revista Valor Econômico, 2023 p 1.

BERNHOEFT: in Reforma Tributária: Principais partes mudanças e Impactos, São Paulo. 2023 p 1-5

BORGES, Pâmela in: Reforma Tributária: Impactos nos Prestadores de Serviços, 2023 . Plataforma Linkedin, in verbis. Acesso em 05 de Agosto de 2023.

.FERRAZ&FREITAS, in: Ferraz & Freitas Advogados, 2023 p 1

Disponivel em: https;//www.confecon.org.br/2023/08/25/bernard-appy-cashback-tributario-se-justifica-em-qualquer-cenario/ Acesso em: 26 de Agosto de 2023

Disponivel em: https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/o-que-e-a-reforma-tributaria-e-quais-mudancas-sao-discutidas-no-congresso-26042023. Acesso em 21 de Setembro de 2023.

https://forbes.com.br/forbes-money/2021/07/por-que-o-brasil-e-um-dos-poucos-paises-do-mundo-que-nao-tributa-dividendos/ Acesso em 23 de Setembro de 2023

Disponivel em: https://www.cnm-org.br/comunicao/noticias/reforma-tributaria-e-necessaria-e-urgente-para-desenvolvimento-do-pais-e–justiça-fiscal Acesso: 13 de Agosto de 2023.

Disponível em:https://muzambinho.com.br/2023/08/23/mais-de-51-dos-municipios-operam-no-vermelho-diz-cnm-taxa-em-2022-era-de-7/. Acesso em 21 de Setembro de 2023.

Disponível em: https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/noticias/2023/julho/projeto-de-governo-da-reforma-tributaria-volta-ao-debate-no-senado-federal Acesso em: 12 de Agosto de 2023.

Disponivel em: https://cfc.org.br/wp-content/uploads/2023/08/Versao_14_08_ReformaTributaria_CFC__ServicosContabeis.final_.pdf Acesso em 23 de Setembro de 2023

Disponivel em: https://cfc.org.br/wp-content/uploads/2023/08/Versao_14_08_ReformaTributaria_CFC__ServicosContabeis.final_.pdf Acesso em 23 de Setembro de 2023

Disponivel em:https://www.cofecon.org.br/2019/03/27/nota-do-cofecon-nao-se-discute-uma-qualificada-reforma-tributaria/ Acesso em 23 de Setembro de 2023. pdf

[Sumário]

Disponível em:https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/wp-content/uploads/2023/07/230706_cc_60_nota_01_reforma_tributaria.pdf. Acesso em 23 de Setembro de 2023 pdf

Disponivel em: https://www.camara.leg.br/noticias/862901-projeto-institui-codigo-para-garantir-direitos-de-contribuintes/ Acesso em: 13 de agosto de 2023 html

Disponível em: https://g1.globo.com/economia/noticia/2023/07/05/reforma-tributaria-por-que-o-brasil-e-um-dos-poucos-paises-do-mundo-a-nao-ter-um-imposto-unificado.ghtml Acesso em: 13 de Agosto de 2023 htm

Disponível em: https;//www.gov.br/fazenda/pt-br/noticias/2023/julho/projeto-do-governo-da-reforma-tributaria-volta-ao-debate-no-senado-federal Acesso em:12 de Agosto de 2023 html.

Disponivel em: https://g1.globo.com/economia/noticia/2023/07/06/reforma-tributaria-por-que-o-iva-e-visto-como-um-imposto-moderno.ghtml Acesso em 12 de agosto de 2023 html.

HAIDAR, Raul. Revista Conjur, 2021 p s/n

MACHADO; MEYER: Reforma Tributária Sobre o Consumo. São Paulo, p. 7-9, 2023.

— SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 6ª edição. São Paulo, 2014 p 427)

[Sumário]

Artigo

Os Desafios do Estado Democrático de Direito no Contexto do "Novo" Iluminismo, do Progresso Tecnológico e do Humanismo

The Challenges of the Democratic Rule of Law in the context of the "New" Enlightenment, Technological Progress and Humanism

Rodrigo Araújo Ribeiro
Procurador Federal em Belo Horizonte/MG
Mestre em Direito Tributário pela UFMG
Doutor em Direito Público pela PUC de Minas Gerais

[Sumário]

Os Desafios do Estado Democrático de Direito no Contexto do "Novo" Iluminismo, do Progresso Tecnológico e do Humanismo

The Challenges of the Democratic Rule of Law in the context of the "New" Enlightenment, Technological Progress and Humanism

Resumo: O presente ensaio visa trazer uma análise reflexiva dos desafios do Estado Democrático de Direito diante do "novo" iluminismo e do progresso científico, notadamente na superação das desigualdades e, com efeito, no respeito aos Direitos Humanos Fundamentais

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. "Novo" Iluminismo. Progresso Científico. Desafios. Direitos Humanos

Abstract: This essay aims to bring a reflexive analysis of the challenges of the Democratic Rule of Law in the face of the "new" enlightenment and scientific progress, notably in overcoming inequalities and, in fact, in respecting Fundamental Human Rights

Keywords: Democratic Rule Of Law. "New" Enlightenment. Scientific Progress. Challenges. Human Rights

Sumário: Introdução; 1 O Estado Democrático de Direito como Patrocinador da Defesa Dos Direitos Humanos Fundamentais; 2 Os Desafios do Estado Democrático de Direito na Superação da Desigualdade Diante do "Novo" Iluminismo e do Progresso Científico; Conclusão; Referências

[Sumário]

Introdução

A pergunta sobre "o que é o iluminismo?" e o que ele representa para humanidade e, de um modo geral, para a modernidade, sempre foi ensaiada por filósofos e cientistas políticos.

Sem respostas oficiais para o questionamento, várias afirmações foram evocadas. Para Kant, "a saída do ser humano da menoridade de que ele próprio é culpado" e de sua submissão "preguiçosa e covarde" aos "dogmas e fórmulas"; e para Steven Pinker, ao situar o iluminismo nos dois últimos terços do século XVIII, mas surgido da Revolução Científica e da Razão no século XVII e atravessando para o apogeu do liberalismo clássico na primeira metade do século XIX, "o iluminismo trouxe a primeira análise racional da prosperidade".

Buscar-se-á, neste artigo, trazer à baila apontamentos dos desafios do Estado Democrático de Direito diante do "novo" iluminismo e do seu consequente progresso para o crescimento e avanços da humanidade, uma vez que, segundo Edgar Morin, *"... le progrès technique engendre en même temps une formidable transformation et une formidable régression"*.

Antes, porém, far-se-á necessário tecer um breve panorama em torno do Estado Democrático de Direito e da proteção dos Direitos Fundamentais.

O Estado Democrático de Direito como Patrocinador da Defesa dos Direitos Humanos Fundamentais

A proteção dos Direitos Fundamentais é tema de grande preocupação dos Estados democráticos de direito no contexto mundial atual. Isso ocorre porque em alguns períodos da história contemporânea, tal como o holocausto decorrente da segunda grande guerra mundial, os Direitos Humanos foram ignorados ou vilipendiados e precisavam ser resgatados ou recuperados, ensejando a proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Organização das Nações Unidas em sua Resolução n.217, de 10 de dezembro de 1948. (SILVA, 1999, p. 166/167)[1]. Assim consta em seu preâmbulo e Artigo 1, *ad litteram*:

> [...]
>
> Considerando o desprezo e o desrespeito pelos direitos da pessoa resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que as pessoas gozem de liberdade de palavra, de crença e de liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta inspiração do homem comum.
>
> [...]

1 O Brasil somente aderiu a esse Pacto em 24.01.1992, com vigência em 24.04.1992, tendo em vista o regime autoritário que regeu o Estado brasileiro.

[Sumário]

> Artigo 1
> "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade."[2]

Para Edgar Morin, a segunda guerra mundial e suas duas bombas atômicas, Hiroschima e Nagasaki, demonstraram que a racionalidade científica revela sua face irracional capaz de liquidar a Humanidade. Neste sentido, salienta que *" En juillet 1945, um événement décisif donne à l`ère planétaire un caractère absolument nouveau: les savants atomistes, à la pointe du progrès scientifique, on créé l´arme capable d`anéantir l`humanité."*[3] (MORIN, 2022, p.37)

Ressalte-se que a preocupação com a identificação e proteção dos Direitos Fundamentais tem nítida influência jusnaturalista e é fruto da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, sendo aperfeiçoada e ganhando ares de universalidade com a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

A consolidação efetiva dos Direitos Humanos ocorreu, mais recentemente, em 22 de novembro de 1969, com o Pacto subscrito em São José da Costa Rica, resultando na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Daí a historicidade dos Direitos Fundamentais muito bem enfatizada por Norberto Bobbio:

> [...] sempre defendi que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 1992, p.5)

A partir dessas Declarações, Tratados e Convenções e da tendência internacional de positivação dos Direitos Humanos, as Constituições italiana, espanhola, portuguesa, e, notadamente, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, estabeleceu-se um conjunto de direitos e garantias dirigidas à observância dos Direitos Humanos mediante limitações à atuação do Estado. Segundo Ruy Barbosa, há que se fazer a diferença entre os direitos e garantias fundamentais no texto da lei fundamental:

> "No texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito." (SILVA, 1999, p. 189)

Particularmente, na República Federativa do Brasil, os Direitos e Garantias Fundamentais, como categorias do direito constitucional positivo e sistematicamente ao abrigo das cláusulas

---

2 https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm

3 Tradução livre: Em julho de 1945, um acontecimento decisivo deu à era planetária um caráter absolutamente novo: os cientistas atômicos, na vanguarda do progresso científico, criaram a arma capaz de aniquilar a humanidade.

[Sumário]

pétreas (art. 60, §4o, IV), estão enunciados no art. 5o, *caput*, e itens I a LXXVIII da Constituição Federal brasileira. Com base no critério de seu conteúdo, que, ao mesmo tempo, se refere à natureza do bem protegido e do objeto de tutela, José Afonso da Silva, com base ainda em nossa Constituição, classifica os Direitos Fundamentais em cinco grupos: (1) direitos individuais (art. 5o), (2) direitos coletivos (art. 5o), (3) direitos sociais (art. 6o e 193 e ss.), (4) direitos à nacionalidade (art.12) e (5) direitos políticos (arts. 14 a 17). (SILVA, 1999, p.187)

Toda essa perspectiva do Humanismo conserva o seu originário caráter de prevalência do *reino sobre o rei*, o que denota, nas palavras de Carlos Ayres Britto correlatas ideias-força:

> [...] a) o Direito por excelência é o vinculado por uma Constituição Política, fruto da mais qualificada das vontades normativas, que é a vontade jurídica da nação; b) o Estado e seu governo existem para servir à sociedade; c) a sociedade não pode ter outro fim que não seja a busca da felicidade individual dos seus membros e a permanência, equilíbrio e evolução dela própria. (BRITTO, 2012, p. 21)

Para este mesmo autor, o Humanismo, alçado à condição de valor jurídico, será realizado mediante figuras do direito. Porém, não cabe ao direito outro papel que não seja declará-la, pois a sua constitutividade em si já está no humano em nós, pois não pode haver humanistas sem humanos, República sem republicanos, como impossível praticar a democracia sem democratas. (BRITTO, 2012, p. 53/54)

Em realidade, complementa esse constitucionalista, não há necessidade das Constituições nominarem o Humanismo, bastou, como no caso da brasileira, ditar os “fundamentos” da República Federativa do Brasil (art. 1o), fazendo da democracia (logo, do humanismo) uma estrela de cinco pontas: “soberania”, “cidadania”, “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, “pluralismo político” e, finalmente, “dignidade da pessoa humana” que não representa todo o humanismo, mas a parte do Humanismo que mais sobressai ao ocupar uma posição de centralidade no seio dos Direitos Fundamentais de todo o sistema constitucional brasileiro. (BRITTO, 2012, p. 38)

Se, por um lado, a Constituição brasileira cuidou em seu art. 2o dos três fundamentais Poderes da União, independentes e harmônicos entre si (Legislativo, Executivo e Judiciário) verdadeiros elos com as normas-fim do seu art. 3o, deixou cristalino que os poderes existem para, inspirados nos fundamentos da República, prestigiar sempre tais fundamentos e concretizar os fins que essa mesma República se destina. (BRITTO, 2012, p. 94)

Entretanto, para cumprir tal desafio de governabilidade humanista na atualidade, não basta o sistema jurídico emancipatório encarnado em uma “Constituição cidadã” ou em uma “Constituição coragem”, mas a existência de intérpretes e aplicadores do direito sensíveis e conscientes do reflexo dessa governabilidade para com toda uma sociedade brasileira, plural e heterogênea. (BRITTO, 2012, p. 116)

Didaticamente e oferecendo uma visão por meio de paradigmas, ou seja, por meio de esquemas gerais de pré-compreensões do mundo – tal como constituído por Thomas Kuhn (1922-1996) em 1960 – restou clássica a separação dos Direitos Fundamentais de primeira geração (individuais), segunda (sociais), terceira (coletivos) e de quarta geração (difusos),

[Sumário]

segundo a teoria de Karel Vasak. (BONAVIDES, 2005, p.562/572) No entanto, é importante frisar que nessa perspectiva histórico-cronológica não há uma separação ontológica de Direitos Fundamentais, mas, sim, uma redefinição dos direitos a cada geração.

Dentro desta abordagem histórico-cronológica, a doutrina tem delimitado e distinguido os modos de organização do Estado e da complexidade da sociedade moderna: enquanto em um Estado Liberal procurava-se eliminar os projetos e valores divergentes pela imposição dos projetos e valores "dominantes" de uma elite burguesa, o Estado Social procurava impor um "projeto alternativo" e arbitrário de poder econômico, integrando, mais que incluindo aqueles historicamente excluídos do projeto majoritário burguês e, em um momento atual, o Estado Democrático de Direito reconhece como constitutiva da própria democracia contemporânea o fenômeno do pluralismo e do multiculturalismo, mais incluindo do que integrando todos os projetos de vida. (GALLUPO, 2002, p.20/21)

Para Streck, o Estado Democrático de Direito supera todas as noções anteriores de Estado Liberal e Estado Social de Direito e, citando Eliaz Diaz, salienta que:

> (...) o Estado Liberal Direito é a institucionalização do triunfo da burguesia ascendente sobre as classes privilegiadas do Antigo Regime, onde se produz uma clara distinção entre o político e o econômico, com um Estado formalmente abstencionista, que deixa livre as forças econômicas, adotando uma posição de (mero) policial da sociedade civil que se considera a mais beneficiada para o desenvolvimento do capitalismo em sua fase de acumulação inicial e que vai aproximadamente até o final da primeira grande guerra; já o Estado Social de Direito pode ser caracterizado como institucionalização do capitalismo maduro, no qual o Estado abandona a sua própria postura abstencionista tomada inicialmente para proteger os interesses da vitoriosa classe burguesa, passando não somente a intervir nas relações econômicas da sociedade civil, como também se converte em fator decisivo nas fases de produção e distribuição de bens; finalmente, o Estado Democrático de Direito é o novo modelo que remete a um tipo de Estado em que se pretende precisamente a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivamente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades (...). (STRECK, 2009, p. 36/37)

Desse modo, o Estado Democrático requer o cumprimento de exigências de garantia e realização dos Direitos e Liberdades Fundamentais que supera as meras necessidades do Estado Liberal e Social, exigindo-se dos poderes públicos e da práxis política uma atuação proativa em favor da modificação da estrutura econômica e social do Estado e da sociedade para uma alteração no modelo de produção e distribuição de bens e serviços.

Ainda, segundo Streck, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores e agrega a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas anteriores do Estado Liberal e Estado Social de Direito, o que representa o cumprimento atual das promessas da modernidade: Igualdade, Justiça Social e Garantia dos Direitos Humanos Fundamentais. (STRECK, 2009, p. 37)

[Sumário]

Os Desafios do Estado Democrático de Direito na Superação da Desigualdade Diante do "Novo" Iluminismo e do Progresso Científico

Em seu ensaio, "Réveillons-nous", Edgar Morin discorre sobre o progresso as transformações progressivas e regressivas do progresso científico. Para este autor há duas formas de metamorfose neste processo: a primeira, o transumanismo, produzindo um Super Humanismo e uma Super Sociedade e, a segunda, de melhoria das condições humanas e de suas relações, de progresso científico, técnico e econômico, mas que podem ser contrariadas por regressões, por desastres e pelo transumanismo. Assim, enfatiza:

> "Une fois encore, le progrès technique engendre em même temps une formidable transformation et une formidable régression. Il ouvre la possibilité de deux métamorphose et celle d`un désastre généralisé.
>
> La première métamorphose, celle du trashumanisme, tend à produire une sur-humanité dotée de pouvoirs nouveaux sur elle-même et sur le monde, et une super-société dans laquelle le transhumanisme voit l ´harmonie mais que nous voyons comme une société-machine.
>
> La seconde métamorphose vouerait le progrès scientifique, technique et économique à l`amelioration de la condition humaine et des relations entre humains, à l`avènement d`une Terre-patrie humaniste dans sa nature même. Cette métamorphose a commencé, mais elle peut être contrariée par les régressions, les désastres, les transhumanisme. (...)"[4] (MORIN, 2022, p.55)

Por outro lado, se Edgar Morin vê com negativismo o progresso tecnológico e o neoliberalismo mundial em desfavor do Humanismo, Steven Pinker, introduzindo todo seu discurso sobre o novo iluminismo, por vezes chamado de Revolução Humanitária, elenca em seu livro os efeitos da Revolução Científica e do comprometimento com o progresso em desfavor de um movimento contrailuminista.(PINKER, 2018, p.24)

Assim, trabalhando diversos temas, tais como vida, saúde, sustento, riqueza, meio ambiente, paz, segurança e principalmente, a desigualdade, enfatiza que "como nenhuma defesa da razão, ciência e humanismo teria valor algum se, 250 anos depois do iluminismo, não estivéssemos em melhor situação que os nossos ancestrais da Idade das Trevas, é por uma avaliação do progresso que precisamos começar a argumentação". (PINKER, 2018, p.57).

Neste contexto, ao discorrer sobre a desigualdade em seu "O Novo Iluminismo", sustenta que a desigualdade não é o mesmo que pobreza e tampouco uma dimensão fundamental da prosperidade humana. Para Pinker, tanto a globalização quanto a tecnologia tiraram bilhões de

---

4 Tradução livre: Mais uma vez, o progresso tecnológico está ao mesmo tempo a provocar uma tremenda transformação e um tremendo retrocesso. Abre-se a possibilidade de duas metamorfoses e a de um desastre generalizado. A primeira metamorfose, a do trashumanismo, tende a produzir uma super-humanidade dotada de novos poderes sobre si mesma e sobre o mundo, e uma super-sociedade em que o transumanismo vê a harmonia, mas que vemos como uma sociedade-máquina. A segunda metamorfose dedicaria o progresso científico, técnico e econômico à melhoria da condição humana e das relações entre os humanos, ao advento de uma pátria humanista em sua própria natureza. Essa metamorfose já começou, mas pode ser frustrada por regressões, desastres, transhumanismos.

[Sumário]

pessoas da pobreza e criaram uma classe média global, diminuindo a desigualdade global e internacional. Senão vejamos suas conclusões a respeito da desigualdade:

> "Em resumo, a desigualdade econômica não é um contraexemplo para o progresso humano, e não estamos vivendo uma distopia de rendas declinantes que reverteu os séculos de aumento de prosperidade. E não precisamos, por causa disso, destruir os robôs, erguer a ponte levadiça, adotar o socialismo ou trazer de volta os anos 1950. Deixe-me resumir essa história complicada de um tema complicado.
>
> Desigualdade não é o mesmo que pobreza, tampouco é uma dimensão fundamental da prosperidade humana. Em comparações de bem-estar entre países, sua importância se dissipa diante da riqueza geral.
>
> (...)
>
> Ainda assim, a tendência de longo prazo na história desde o iluminismo é a de aumento de riqueza para todos. Além de gerar imensas quantidades de riqueza, as sociedades modernas dedicam uma proporção crescente dela a beneficiar os menos afortunados.
>
> A globalização e a tecnologia tiraram bilhões da pobreza e criaram uma classe média global, e a desigualdade internacional e global diminuiu; ao mesmo tempo, tornaram-se mais ricas as elites cujo impacto analítico, criativo ou financeiro têm alcance global. As condições das classes mais baixas em países desenvolvidos melhoraram relativamente muito menos, mas melhoraram, muitas vezes porque seus membros ascendem a classes superiores. Os avanços são intensificados pelo gasto social, pela queda do custo de vida e pelo aumento na qualidade das coisas que as pessoas desejam. Em alguns aspectos, o mundo tornou-se menos igual, porém em mais aspectos a vida melhorou para as pessoas de todo o mundo." (PINKER, 2018, p.153)

Importante notar que após a superação do modelo de igualdade geométrica adotado pela Antiguidade e Idade Média, sob influência de Aristóteles e concebido dentro de uma visão teocêntrica, coletivista e estamental, onde a "pólis é concebida como a harmonia de desiguais"[5], a visão antropocêntrica, humanista e individualista de uma sociedade de pessoas (aritmeticamente) iguais e que compartilham vários e distintos projetos de vida passou a prevalecer na era moderna.

---

5 https://brc-word-edit.officeapps.live.com/we/wordeditorframe.aspx?ui=pt-BR&rs=en-US&wopisrc=https%3A%2F%2Ftrf6jusbr-my.sharepoint.com%2Fpersonal%2Fmax_oliveira_trf6_jus_br%2F_vti_bin%2Fwopi.ashx%2Ffiles%2F50258193cd9743758291f84b0e4f0616&wdorigin=OFFICECOM-WEB.START.EDGEWORTH&wdpreviousessionsrc=HarmonyWeb&wdpreviousessession=46f993a6-ee0c-4fcd-9be9-d82356515447&wdenableroaming=1&mscc=1&wdodb=1&hid=0CC11BA1-E0C0-5000-3279-83FFAA8048AF.0&uih=sharepointcom&wdlcid=pt-BR&jsapi=1&jsapiver=v2&corrid=bd57ad68-faba-94ec-e772-7e450d6cc8ed&usid=bd57ad68-faba-94ec-e772-7e450d6cc8ed&newsession=1&sftc=1&uihit=docaspx&muv=1&cac=1&sams=1&mtf=1&sfp=1&sdp=1&hch=1&hwfh=1&dchat=1&sc=%7B%22pmo%22%3A%22https%3A%2F%2Ftrf6jusbr-my.sharepoint.com%22%2C%22pmshare%22%3Atrue%7D&ctp=LeastProtected&rct=Normal&wdhostclicktime=1712247272371&instantedit=1&wopicomplete=1&wdredirectionreason=Unified_SingleFlush#sdfootnote5sym

[Sumário]

Assim, no mundo contemporâneo, o Princípio Jurídico da Igualdade, passou a ser delineado em três dimensões, a saber: igualdade formal (consagrada no Estado Liberal), a igualdade material (ligado ao Estado Social ativo e a justiça social) e a igualdade como reconhecimento (dentro do Estado Democrático de Direito).

Em um primeiro momento, a igualdade formal e ligada ao Estado Liberal, foi idealizada como uma forma de reação aos privilégios da nobreza e do clero. Assim, a igualdade perante a lei é um comando dirigido ao aplicador da lei (judicial e administrativo) que deverá aplicar as normas em vigor de maneira impessoal e abstrata, ou seja, a todos aqueles que se encontram sob sua incidência; a igualdade na lei é endereçada ao legislador, que ao elaborá-la não deve instituir discriminações ou tratamentos diferenciados baseados em fundamento que não seja razoável ou que não vise a uma fim legítimo. (MORAES, 2014, p. 66/67)

Em um segundo momento, já perante o Estado Social, o desenvolvimento da ideia de igualdade material surge a partir da constatação de que não basta proibir os privilégios, mas atuar ativamente contra a desigualdade econômica e social, ou seja, deve-se assegurar algum grau de igualdade perante a vida através de prestações positivas adequadas por parte do Poder Público.

Em um terceiro momento, já no novo modelo do Estado Democrático de Direito, busca-se uma nova racionalidade para o princípio da igualdade que já não tem mais assento na forma semântica da lei. (GALLUPO, 2002, p. 48/211)

Note-se que o Princípio Jurídico da Igualdade, dentro do Estado Democrático de Direito, não pode ser tratado ou mesmo entendido como um princípio material com conteúdo preestabelecido, pois deverá incluir todos os projetos de vida e não pré-selecionar os conteúdos relevantes, uma vez que o conteúdo das normas jurídicas não pode ser estabelecido por substratos ideológicos, mas legitimamente estabelecida dentro de um discurso jurídico.

Para o jusfilósofo Gallupo, a igualdade moderna é uma “igualdade aritmeticamente inclusiva”, pois cada vez que número maior de cidadãos for incluído em discursos jurídicos, estar-se-á criando igualdade, mas não desigualdade. Por outro lado, a discriminação pode ser também legitimamente compreendida como critério de produção de igualdade quando ela implicar maior inclusão dos cidadãos nos procedimentos públicos de justificação e aplicação das normas jurídicas e do gozo dos bens e políticas públicas. (GALLUPO, 2002, p. 2016) [6]

6 Para Gallupo, baseando-se em Habermas, somente se pode construir discursivamente o Estado Democrático de Direito, o direito que lhe é próprio e sua legitimidade se se presumir um Sistema de Direitos, cuja existência depende da condição de se distribuir igualmente para todos os cidadãos os direitos de participação no processo de formação da opinião e da vontade

[Sumário]

De acordo, ainda, com Gallupo, somente no caso concreto é possível avaliar se as políticas públicas afirmativas contribuem ou não para a realização da igualdade, ou seja, se permitem maior ou menor inclusão social, estando, portanto, na dependência de justificação racional e que se realiza caso a caso e em que todos os aspectos relevantes do caso concreto poder ser avaliados por todos os envolvidos, poderá ser realizada tal avaliação. (GALLUPO, 2002, p. 2017)

A igualdade tratada como reconhecimento significa, portanto, o respeito que se deve ter para com as minorias, sua identidade e suas diferenças, quer sejam raciais, religiosas, sexuais, etc. e, portanto, a injustiça a ser combatida tem por objetivo a transformação cultural, ou seja, transformar um mundo aberto à diferença dentro de um Estado Democrático de Direito.

Ressalte-se que dentro de um Estado Democrático de Direito, somente é possível legitimar as Ações Afirmativas, garantindo os princípios da igualdade, do pluralismo jurídico e da dignidade humana. Em uma sociedade pluralista, como é o caso da brasileira, francesa ou americana, deve-se compreender democrática quando permite a inclusão de projetos de vida diversos, mesmo que esses projetos requeiram, em casos concretos específicos, uma aplicação aritmeticamente desigual do direito, quer-se dizer, justificados pela produção de mecanismos de inclusão. (GALLUPO, 2002, p. 2010)

Pode-se entender, em conclusão, nesse ambiente de elementos filosoficamente construído, que as *"Ações Afirmativas adotadas são medidas indispensáveis à efetivação dos princípios constitucionais da Dignidade Da Pessoa Humana, do Pluralismo e da concepção procedimental da Igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito."* (CRUZ, 2009, p. 231)

[Sumário]

Conclusão

De todo o exposto, constata-se que o conceito de iluminismo está em constante construção e que existem posicionamentos atuais, contra, e a favor do progresso técnico e da Revolução Científica engendrada pelo critério racional como sendo protetivas dos Direitos Humanos Fundamentais.

Digressões à parte, torna-se importante identificar o papel do Estado Democrático de Direito na efetivação dos Direitos Humanos e, com efeito, na diminuição da desigualdade dentro deste contexto global do "novo" iluminismo e do progresso científico.

Assim, diante destes grandes desafios e em um ambiente filosoficamente construído, ressalta-se a importância das Ações Afirmativas como medidas indispensáveis para que os Estados de Direito garantam a efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais, notadamente a proteção da igualdade, presentes em suas Constituições democráticas.

[Sumário]

Referências

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 16 Ed. São Paulo: Mandamentos, 2005

BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza O Direito à Diferença. 3a Ed., Belo Horizonte: Arraes, 2009

GALLUPO, Marcelo Campos. Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte Mandamentos. 2002

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15 Ed. São Paulo: Atlas, 2014

MORIN, Edgar. Réveillons-nous!. Èditions Denoêl: 2022

PINKER, Steven. O Novo Iluminismo.Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018

SILVA, José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16a Ed. São Paulo: Malheiros, 1999

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8a Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009

[Sumário]

Artigo

A Vedação do §1º do Artigo 201 da Constituição Federal em Face do Princípio da Igualdade: Transgeneralidade e Previdência Social

The Prohibition Of §1º Of Article 201 Of The Federal Constitution In The Face Of The Principle Of Equality: Transgenderism And Social Security

Miguel Horvath Júnior
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP
Professor do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Livre Docente em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Luciano Lavor Terto Junior
Bacharel em Direito ((PUC/SP)
Pós-graduado em Direito Previdenciário pela Escola Brasileira de Direito
Mestrando do Núcleo de Pesquisa de Direito Previdenciário da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Presidente da Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero da OAB/SP – Subseção Nossa Senhora do Ó

[Sumário]

A Vedação do §1º do Artigo 201 da Constituição Federal em Face do Princípio da Igualdade: Transgeneridade e Previdência Social.

The Prohibition Of §1º Of Article 201 Of The Federal Constitution In The Face Of The Principle Of Equality: Transgenderism And Social Security.

Resumo

O princípio da igualdade não se resume à célebre, mas pouco instrumental, frase: tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. Ele aponta para meios reais de controle das normas dentro do sistema jurídico. Nesse sentido, pode ser usado como balizador quanto a validade de uma norma. O §1º do artigo 201 da Constituição Federal veda a adoção de requisitos diferenciados para aposentadorias, impedindo que a transgeneridade figure como fator de discrímen em lei complementar específica. Acontece que a igualdade, ao mesmo tempo que veda a discriminação, demanda uma desigualação em certos casos, em que há clara desconformidade do tratamento igual com uma justiça social. Assim, a vedação constitucional ataca um direito fundamental, e coloca a prova a efetividade da justiça.

Palavras-chave: Aposentadorias, transgeneridade, Constituição Federal, Igualdade.

Abstract

The principle of Equality is not limited to the famous but not very instrumental phrase: treat the equal equally and the unequal unequally. It points to real means of controlling norms within the legal system. In this sense, it can be used as a beacon as to the validity of a rule. Paragraph 1º of article 201 of the Federal Constitution prohibits the adoption of differentiated requirements for pensions, preventing transgenderism from being included as a discriminating factor in a specific law. The fact is that equality, while prohibiting discrimination, demands inequality in certain cases, where there is a clear lack of conformity between equal treatment and social justice. Thus, the constitutional prohibition attacks a fundamental right and puts the effectiveness of justice to the test.

Keywords: Pensions, transgender, Federal Constitution, Equality.

[Sumário]

Introdução

Para que o gênero denotasse uma unidade de experiência, criou-se a ideia de que o sexo - em seu sentido dado pelas ciências biológicas, ou seja, enquanto conjunto "de informações cromossômicas, órgãos genitais, capacidades reprodutivas e características fisiológicas secundárias que distinguem 'machos' e 'fêmeas'" (SÃO PAULO, 2020, p. 17) - exige um gênero e um desejo.

Assim, determinadas características corporais foram atribuídas ao corpo "masculino", e outras ao corpo "feminino", exigindo-se que toda pessoa se encaixasse dentro destes padrões, e, para aqueles que não pudessem ter seus corpos classificados desta forma, que fossem submetidos à procedimentos médicos para fins de "adequação" com os padrões postos.

Impôs-se, ainda, que a identidade de gênero da pessoa deve ser compatível com a classificação dada ao corpo daquele ser, não podendo a pessoa se identificar com gênero que não aquele de designação no momento do nascimento. Assim, ao nascer, um recém-nascido tem seu corpo classificado, e seu gênero escolhido para si.

Nada obstante, convencionou-se que os desejos daquela pessoa devem ser direcionados a pessoas com um corpo e gênero de classificação opostas às dadas a si. Dessa forma, sexo, gênero e desejo (ou sexualidade), conceitos distintos e independentes, passaram a se confundir dentro das ciências e da sociedade (BUTLER, 2022, p. 52)

Sendo o gênero, o sexo e a sexualidade conceitos sociais que caracterizam a "pessoa", foram usados pelo discurso científico, filosófico e jurídico para a criação da noção de "sujeito". Dessa forma, aqueles que não preenchem os padrões não serão tidos como "indivíduos".

Surge, então, a necessidade de caracterizá-los fora da classificação universal de seres humanos. Em um processo que Norberto Bobbio nomeou de especificação dos direitos humanos, em que se "deixa de levar em conta apenas os destinatários genéricos - o ser humano, o cidadão - e passa a cuidar do ser em situação - o idoso, a mulher, a criança, o deficiente" (BOBBIO, 2004, p. 7).

Esta especificação busca atender ao direito da igualdade. Direito este que para ser juridicamente efetivo, exige definições e bases de verificação. Quer-se dizer, não basta dizer que todos devemos ser iguais perante a lei, nem dizer que algumas pessoas devem ser tratadas de forma igual e outras de forma desigual, deve-se traçar os pilares, os requisitos de verificação, com os quais os juristas poderão motivar suas decisões, e verificar a consonâncias das ações (estatais ou particulares) com a isonomia.

Esta "distinção [a ser] feita, longe está de ser acadêmica e nem se procedeu a ela por amor a algum preciosismo cerebrino. Pelo contrário, apresenta-se sobremaneira fértil em repercussões práticas" (MELLO, 2004, p. 34).

[Sumário]

Uma vez entendido a fundo a Igualdade, o que se tem por primeiro objeto desta pesquisa, pretende-se questionar: há a possibilidade de adoção de critérios diferenciados para benefício previdenciário com base na transgeneridade? A vedação do §1º do artigo 201 da Constituição Federal ofende o princípio da igualdade?

Sabe-se que o §1º do artigo 201 da Constituição proíbe, a prima facie, a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, e, portanto, cria obstáculo a especificação de direitos previdenciários às pessoas que adentram o espectro da diversidade de gênero. Agora, será que este óbice condiz, neste caso, com a teleologia por traz da isonomia?

Estas perguntas compõem o eixo de pesquisa do presente artigo, e devem ser investigadas sob o método cartesiano, ou dedutivo, partindo das dúvidas metódicas apresentadas na introdução, passando-se aos conceitos gerais, seguidos pelas discussões que tocam a questão principal do artigo: a compatibilidade ou não do §1º do artigo 201 com a Igualdade. Quanto à pesquisa, optou-se pela pesquisa qualitativa, descritiva e bibliográfica.

[Sumário]

A Igualdade Enquanto Princípio

A teoria do direito pós-segunda guerra é marcada pela doutrina iniciada por Ronald Dworkin, quem acusa os seus predecessores, Hans Kelsen, H. L. A. Hart e John Austin, de fracassarem

> "pela mesma razão subjacente. Elas [as diversas correntes da abordagem profissional da teoria do direito] ignoraram o fato crucial de que os problemas de teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos" (DWORKIN, 2010, p.12).

Assim, o pensador supera o entendimento de que o direito seria um conjunto de regras meramente hierarquizáveis, definindo lhe como um conjunto de normas, que podem ser classificadas de acordo com sua natureza, dentro de três padrões normativos: regras, princípios e políticas.

No tocante ao primeiro padrão normativo, disse:

> "As regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão." (DWORKIN, 2010, p.39).

Quanto à política, conceituou: “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (DWORKIN, 2010, p.36).

Já os princípios, afirmou serem um

> "padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade." (DWORKIN, 2010, p. 36).

Logo, todo princípio deve ser considerado pelas autoridades públicas, porém, quando em conflito com outros princípios, poderá prevalecer sobre estes, e até mesmo ter sua aplicação afastada naquele caso concreto, sem deixar de ser parte integrante do ordenamento jurídico (é o que se chamou de dimensão do peso ou da importância).

Robert Alexy concorda que o direito é um conjunto de normas classificáveis em relação a sua natureza, porém diz que toda norma jurídica é ou uma regra ou um princípio.

Princípios são, segundo a sua definição, mandamentos de otimização, ou seja, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2017, p. 90). Quer-se dizer, princípios podem ser satisfeitos em graus variados em razão das possibilidades fáticas e das possibilidades jurídicas.

As regras, por sua vez, “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas” (ALEXY, 2017, p. 91), de modo que se uma regra for válida, seu mandamento deve ser cumprido integralmente.

[Sumário]

Progredindo em sua análise, constatou que “sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito” (ALEXY, 2017, p. 50), que pode ser, de início, ou uma regra ou um princípio, mas, na maioria dos casos, será um princípio.

A Constituição Federal brasileira arrola no caput do seu artigo 5º, entre os direitos e deveres individuais e coletivos, o Direito a Igualdade: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

O referido direito “não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia” (MELLO, 2004, p. 9), afinal, “ a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições (...)” (MELLO, 2004, p. 10).

Assim, pode ser aplicado em sua integralidade:

> Art. 5º (...)
>
> II - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
>
> Ou, diante de outros princípios, parcialmente, reservando-se o seu núcleo fundamental:
>
> Art. 14 (...)
>
> § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei:
>
> (...)
>
> VI - a idade mínima de:
>
> a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;
>
> (...)

Veja-se, não é qualquer pessoa que pode se candidatar aos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República e Senador. Há um discrímen constitucional. Portanto, nossa Carta Magna foi clara quanto a natureza principiológica do Direito à Igualdade, tendo, a própria, se reservado algumas discriminações.

[Sumário]

Identificando o Desrespeito à Isonomia

A classificação normativa é fundamental para a aplicação do direito. Contudo, inábil à função jurídica de transformação do enunciado normativo em norma, ou seja, na interpretação do texto legal. Nesse sentido, ensina Alexy que “uma norma é, portanto, o significado de um enunciado normativo” (ALEXY, 2017, p. 54). Cabe, consequentemente, ao jurista buscar pelo significado por trás do texto, e, no caso em questão, por trás da igualdade.

Em Aristóteles, este é um conceito ligado à ideia de justiça. Isto porque, da ambiguidade entre a justiça e a injustiça, observou ser o injusto iníquo, ou seja, desigual, e o justo, o igual (ARISTÓTELES, 1985, p. 95). Dessa forma, cruzou definitivamente as duas definições: justiça e igualdade. O justo e o igual. Dando a fundamentação necessária à sua tese de que ambos os conceitos caminham juntos.

Contudo, relacionar o igual com o justo não é o suficiente para entendermos o que é a igualdade. Afinal, o que é o igual? Ora, o igual é “meio-termo”. Por isso, o justo

> "pressupõe no mínimo quatro elementos, pois as pessoas para as quais ele é de fato justo são duas, e as coisas nas quais ele se manifesta - os objetos distribuídos- são também duas. E a mesma igualdade existirá entre as pessoas e as coisas envolvidas, pois da mesma forma que as últimas - as coisas envolvidas - são relacionadas entre si, as primeiras também o são; se as pessoas não forem iguais, elas não terão uma participação igual nas coisas, mas isto é a origem de querelas e queixas (quando pessoas iguais têm e recebem quinhões desiguais, ou pessoas desiguais recebem quinhões iguais)" (ARISTÓTELES, 1985, p. 96).

Quer-se dizer, a igualdade se mede na medida da justiça, que deve prevalecer não só entre as pessoas, mas também sobre os bens que compõem a relação jurídica. Aristóteles apresenta ideias semelhantes ao que se observa do atual direito civil, sugerindo relações pessoais, reais, e entre as próprias coisas.

Desta forma, o justo - o igual - envolve uma distribuição de bens e também de pessoas, que deve se dar “de acordo com o mérito de cada uma” (ARISTÓTELES, 1985, p. 96). Acontece que cada qual terá um conceito sobre o que é mérito. A partir da sua realidade, o próprio disse: “os democratas identificam a circunstância de a distribuição dever ser de acordo com a condição de homem livre, os adeptos da oligarquia com a riqueza (ou nobreza de nascimento), e os adeptos da aristocracia com a excelência (ARISTÓTELES, 1985, p. 96). Por isso, o mérito sozinho não seria suficiente para identificação das ações justas ou igualitárias.

Diante do impasse, pensou: o justo é uma espécie do “proporcional”, que “não é uma propriedade apenas das quantidades numéricas, e sim da quantidade em geral” (ARISTÓTELES, 1985, p. 96). Tanto a proporcionalidade quanto o justo exigem quatro elementos, que se somados em pares, estes terão sempre valores iguais. Desta forma, podemos falar de uma justiça distributiva, que “é a conjunção do primeiro termo de uma proporção com o terceiro, e do segundo com o quarto, e o justo nesta acepção é o meio termo entre dois extremos desproporcionais, já que o proporcional é um meio termo, e o justo é o proporcional” (ARISTÓTELES, 1985, p. 96).

[Sumário]

Há ainda nesta acepção da justiça e da igualdade, a justiça corretiva, a qual se dá quando se busca restabelecer a igualdade quebrada quando alguém aufere um “ganho” que implica numa “perda” para o outro. Neste caso, “O justo, portanto, é em certo sentido um meio termo entre o ganho e a perda nas ações que não se incluem entre as voluntárias, e consiste em ter um quinhão igual antes e depois da ação” (ARISTÓTELES, 1985, p. 99).

Assim, em oposição à Pitágoras, Aristóteles não entende a reciprocidade enquanto medida necessariamente justa, ou que as distribuições devem ser integralmente igualitárias. Sendo muito possível que esta reciprocidade divirja, por exemplo, da justiça corretiva. Daqui, retira-se a célebre frase de que se deve tratar os iguais de forma igual, e os desiguais de forma desigual, na medida da sua desigualdade. Não é sobre tratamentos sempre iguais, ou recíprocos, mas sim sobre proporção.

No direito à igualdade, há, portanto, uma posição contrária à desigualação, mas também um dever de diferenciação em casos de evidente insuficiência do tratamento igual à manutenção dos direitos da pessoa. Alexy, quanto a isso, afirmou: “o dever de tratamento desigual deva ser compreendido da mesma maneira que o dever de tratamento igual” (ALEXY, 2017, p. 409).

Contudo, insuficiente esta conclusão para os problemas atuais sobre a questão da Igualdade. Afinal, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Quem são os desiguais?”, ou “qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos?” (MELLO, 2004, p.11).

Duas pessoas são iguais em sua humanidade, mas distintas em aparência, em personalidade, e até em talentos. O que deve prevalecer? A igualdade universal, derivada da humanidade comum a todos os seres humanos, ou as particularidades de cada indivíduo?

Quanto ao tema, mas tratando especificamente dos direitos humanos, Norberto Bobbio defendeu que, em um efetivo Estado democrático, os direitos avançam sobre quatro etapas. A primeira é a da positivação, na qual os valores sociais e as necessidades humanas são transformadas em direito positivo. Na segunda, da generalização, estas declarações de direito ganham um status universal. Na terceira, expande-se territorial e internacionalmente a proteção humana. A quarta etapa, por fim, foi chamada de especificação, e “assinala um aprofundamento da tutela, que deixa de levar em conta apenas os destinatários genéricos - o ser humano, o cidadão - e passa a cuidar do ser em situação - o idoso, a mulher, a criança, o deficiente” (BOBBIO, 2004, p. 7).

Portanto, a universalização não é suficiente para a manutenção dos direitos, ou para a harmonizar as relações humanas, colocando-as em desproporcionalidade, ou, então, em caráter de injustiça.

[Sumário]

Em respostas às interrogações, Celso Antônio propõe três questões capazes de aferir quais diferenciações estão ou não de acordo com o princípio da igualdade (MELLO, 2004, p. 21-22):

a. O fator de discriminação está de acordo com a isonomia?

b. Há correlação lógica entre o fator de discriminação e a desequiparação procedida?

c. A discriminação está em consonância com os interesses protegidos pela Constituição Federal?

Logo, a isonomia exige a apuração

> "de um lado, [d]aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles" (MELLO, 2004, p. 22).

As três questões serão melhor explicadas nos próximos itens, nos quais as usaremos para constatar se, ao afastar a transgeneridade como fator de discrímen para benefícios previdenciários, a vedação do parágrafo 1º do artigo 201, da CF, está de acordo ou não com o princípio da igualdade.

[Sumário]

Transgeneridade como Fator de Discriminação

O §1º do artigo 201, do texto constitucional, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019, dispõe que:

> § 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados:
>
> I - com deficiência, previamente submetidos a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar;
>
> II - cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação.

Assim, não é possível a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, no que toca às previsões de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral, em razão da identidade de gênero não cisnormativa. Para explicar a identidade de gênero não cisnormativa, ou seja, a transgeneridade, precisa-se passar por alguns conceitos fundamentais e por uma contextualização histórica do pensamento sobre o gênero.

Até o século XX, predominava-se a perspectiva essencialista, que "postula que as identidades e comportamentos decorrem de atributos inatos e naturais (ou naturalizados) dos corpos" (QUINALHA, 2022, p. 24). Portanto, sexualidade e gênero seriam características cognitivas, imutáveis e relativas ao corpo daquela pessoa.

Em substituição a este formato de pensamento, o construcionismo considera que os elementos citados "possuem uma inscrição na história e na cultura que é mais relevante do que as determinações dos códigos genéticos e biológicos" (QUINALHA, 2022, p. 29). Dessa forma, "as identidades estariam, sob esta visão, profundamente imbricadas no bojo das próprias práticas sociais, como resultantes de relações de poder em cada contexto" (QUINALHA, 2022, p. 29).

"Os sujeitos seriam, assim, atravessados por estruturas com as quais interagem e negociam no seu processo de subjetivação" (QUINALHA, 2022, p. 30). Porém, deve-se ter cuidado, "construção não é apenas opção intencional" (QUINALHA, 2022, p. 30). "Declarar que o gênero é construído não é afirmar sua ilusão ou artificialidade" (BUTLER, 2022, p. 69), é entendê-lo como um "processo, um devir, um construir de que não se pode dizer com acerto que tenha origem ou um fim" (BUTLER, 2022, p. 69).

Este conjunto de ideias se aproxima da doutrina deixada pelo psicanalista Carl Gustav Jung (JUNG, 2016), que nomeou de individuação o processo em que o indivíduo busca constantemente encontrar a conjunção deste "eu consciente" com todos os elementos do seu inconsciente, encontrando definitivamente o seu "self" (o seu ser). O "Self" para Jung é tanto o centro de controle, o "fator de orientação íntima" (JUNG, 2016, p. 213), "o núcleo mais profundo da psique" (JUNG, 2016, p. 213), quanto o conjunto do consciente e do inconsciente de uma

[Sumário]

pessoa. Em resumo, todo ser humano vive constantemente um processo de dar luz ao seu inconsciente, e conciliá-lo com o ego.

Nesse sentido,

> "O gênero é uma forma de organizar e orientar a interpretação humana, principalmente no que diz respeito à esfera reprodutiva e sexual. E essa organização terá efeitos em diversas esferas da vida em sociedade, como, por exemplo, determinar quais arranjos familiares são reconhecidos pelas pessoas e pela lei e os papéis sociais da divisão sexual do trabalho." (SERRANO, 2021, p. 22)

Acontece que o gênero, o sexo e a sexualidade (ou o desejo), enquanto conceitos sociais, foram usados como instrumento de construção de uma verdade, que impede certos tipos de "identidade" de existir. Quanto a isso, Foucault narra que "No século XVIII o sexo se torna questão de polícia" (FOUCAULT, 2023, p. 27), isto é, surge a "necessidade de regular o sexo por meio de discursos úteis e públicos e não pelo rigor da proibição" (FOUCAULT, 2023, p. 28).

A antiga estratégia de proibir o discurso sobre o sexo é substituída pela interdição. O poder deixa de insistir na negativa, e passa a ditar uma regra, uma forma "correta", "legal", "certa" se ser e desejar; "aqui há adestramento, lá, penalidade" (FOUCAULT, 2023, p. 46). Surgem então a ideia do padrão, ou da normatividade.

A cisnormatividade descreve "o padrão social que impõe a cisgeneridade" (SERRANO, 2021, p. 37). Por outros termos, as pessoas devem ser cisgêneras, ou se identificarem "com o gênero que lhes foi atribuído no nascimento" (SERRANO, 2021, p. 50). Entretanto, nem toda pessoa se identifica com este gênero. São as pessoas trans[1], travestis[2], queer[3], não-binárias[4] e outras.

1 Inicialmente, explica-se que a opção por não usar "transexual" se deve ao fato desse "ter sido um termo muito usado pela Medicina institucional para enquadrar pessoas trans em categorias patológicas" (SERRANO, 2021, p. 50). Também não se usa "transgênero", em razão de ter sido um conceito utilizado pela psicologia em oposição ao termo transexual (Vide s.a., 2014), podendo causar imprecisão metodológica ao artigo. Já a terminologia "pessoas trans", abarca as mulheres trans - "pessoa do gênero feminino, embora tenha sido designada como pertencente ao sexo/gênero masculino ao nascer" (BRASIL, 2023, p. 11) - e os homens trans – "pessoa do gênero masculino, embora tenha sido designada como pertencente ao sexo/gênero feminino ao nascer" (BRASIL, 2023, p. 11).

2 "Uma construção de gênero feminino oposta ao sexo designado no nascimento, seguido de uma construção física, que se identifica na vida social, familiar, cultural e interpessoal, através dessa identidade" (BRASIL, 2023, p. 12). Em que pese as semelhanças com a identidade das mulheres trans, merece menção em apartado, em razão de que o termo era depreciativo, e se tornou um "signo de combate e de resistência ao padrão cisnormativo da sociedade" (SERRANO, 2021, p. 53).

3 A definição quanto ao termo "QUEER" é complexa. Se traduzirmos o termo do inglês, encontraremos as palavras: "estranho", "esquisito", etc. Foi utilizado como um insulto a toda a comunidade LGBTI+ (SERRANO, 2021, p. 59). Também foi atribuído à teoria de Judith Butler, e, por isso, é, por muitas entidades e pensadores, entendido como uma forma de pensamento e não uma identidade (ALIANÇA NACIONAL LGBTI+, 2021, Tela 6). No presente caso, usar-se-á do referido como a "variedade de formas de ser, de viver, de agir, que desafiam a normatividade de gênero e sexualidade (...)" (SERRANO, 2021, p. 59), ou seja, "Ser queer significa levar um outro tipo de vida" (QUEER NATION, 2016, p. 4).

4 "Pessoa que não se identifica com o gênero masculino ou feminino" (BRASIL, 2023, p. 10), e, portanto, não se enquadra dentro do espectro binário de gênero (homem e mulher), tomado como norma em nossa sociedade.

[Sumário]

Logo, sendo esta identidade de gênero, ou "identificação do indivíduo em relação ao seu gênero" (SERRANO, 2021, p. 49), diferente do "gênero que lhes foi atribuído no seu nascimento" (SERRANO, 2021, p. 50), a identidade é expressa na transgeneridade.

Entendidos os conceitos, questiona-se se a transgeneridade pode servir de fator de discriminação? Antes de responder à dúvida, gênero, raça e credo religioso, em seus sentidos amplos, podem ser fatores de discrímen?

Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, que

> (...) qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde que se segue que, de regra, não é o traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico (MELLO, 2004, p. 17).

Quanto ao fator eleito deve-se observar (MELLO, 2004, p. 23): a) se o critério diferencial não é um traço tão específico a ponto de singularizar definitivamente e de modo absoluto um único sujeito; e b) se o traço adotado reside na pessoa, coisa ou situação a serem discriminadas.

Em outras palavras, a Igualdade não pode promover perseguições, mas também não pode se aliar à favoritismos, de modo que um único indivíduo não pode ser o destinatário da norma. Por outro lado, o critério adotado precisa ser uma característica do sujeito, objeto ou da circunstância. Afinal, é apenas esta característica que justifica o tratamento desigual. Situações alheias ao que se descrimina não são capazes de gerar ônus sociais, e não podem ser tomadas como fator de diferenciação.

A transgeneridade definitivamente não singulariza um sujeito. Se quer singularizar uma única identidade de gênero, abarcando, pessoas trans, travestis, queer, não-binárias etc. Assim, o fator posto à prova cumpre com o primeiro requisito.

Sendo a transgeneridade uma identificação do indivíduo com o gênero que não que lhes foi atribuído no seu nascimento, com nenhum gênero, com um gênero fluído ou não binário, identidade esta performativamente construída por expressões de gênero, o fator em questão é claramente um traço da personalidade humana, e que, portanto, reside na pessoa. Não há, pois, óbice à nomeação da transgeneridade como fator de discriminação.

[Sumário]

Correlação entre a Transgeneridade e a Necessidade de Adoção de Requisitos ou Critérios Diferenciados na Concessão de Benefícios Previdenciários para Pessoas Trans

Sendo a possível que a transgeneridade figure como fator de discriminação, investiga-se a correlação lógica entre esta e a necessidade de uma desequiparação, no sentido de adoção de requisitos ou critérios de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de benefícios de aposentadoria.

Neste ponto, "Tem-se, pois, que é o vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e a disparidade das disciplinas estabelecidas em vista deles, o quid determinante da validade ou invalidade de uma regra perante a isonomia" (MELLO, 2004, p. 38). Merece, portanto, especial atenção.

Os requisitos ou critérios de idade e tempo de contribuição já são diferenciados por uma questão de gênero. Homens e mulheres recebem tratamentos desiguais, o que veio a ser criticado por alguns doutrinadores, com destaque para Rio Nogueira, em sua célebre "A crise Moral e Financeira da Previdência Social" (NOGUEIRA, 1985), quem disse: "A descabida distinção entre sexos – para efeitos da aposentadoria, bem entendido – é repetida na legislação previdencial urbana (...)" (NOGUEIRA, 1985, p. 68). O previdenciarista aponta como intenção do legislador: a) o "extra-prêmio compensatório da sobrecarga adicional das tarefas domésticas"; e b) a "necessidade de antecipar a proteção para atender ao pretenso envelhecimento acelerado do sexo frágil" (NOGUEIRA, 1985, p. 68).

Em que pese discordar-se do doutrinador, por acreditar-se que há um dever estatal de tratamento distinto para aqueles casos em que "não houver razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento igual" (ALEXY, 2017, p. 409) ou que "houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual" (ALEXY, 2017, p. 410), como é a situação da mulher em nossa sociedade; há, porém, uma agravante desta divisão binária, pois ao mesmo tempo que exclui as pessoas que não se identificam com os gêneros masculino e feminino, leva-nos a pensar que o tratamento é suficiente para abarcar mulheres e homens trans.

Butler já defendia que a política de representação, ao mesmo tempo que daria "visibilidade e legitimidade às mulheres como sujeitos políticos", "revelaria ou distorceria o que é tido como verdadeiro sobre a categoria das mulheres" (BUTLER, 2022, p. 18). Isto porque, "Os sujeitos jurídicos são invariavelmente produzidos por via de práticas de exclusão" (BUTLER, 2022, p. 19).

Além do mais, significados não são estanques ao longo da história, a própria definição do que seria mulher mudou ao longo dos anos, de modo que "o gênero não se constituiu de forma uniforme ao longo da história, até porque estabelece intersecções" (BUTLER, 2022, p. 21).

[Sumário]

Assim,

> "a noção binária de masculino/feminino constitui não só a estrutura exclusiva em que essa especificidade pode ser reconhecida, mas de todo modo a 'especificidade' do feminino é mais uma vez totalmente descontextualizada, analítica e politicamente separada da constituição de classe, raça, etnia e outros eixos de relações de poder, os quais tanto constituem a 'identidade' como tornam equívoca a noção singular de cada identidade." (BUTLER, 2022, p. 22).

Nada obstante, a situação das pessoas trans não de equiparam a das pessoas cis, como demonstrado adiante. Diante disso, há de se cuidar para que a discriminação existente, apesar de estar em acordo com o sistema jurídico brasileiro, não obsta a tentativa de se especificar a transgeneridade nos benefícios previdenciários.

Pontuou-se, outrora, que "tecnicamente, o tempo de contribuição não é um risco, mas, sim, uma certeza de que, ao final do prazo estipulado legalmente, em havendo as contribuições regulares, será concedida a aposentadoria" (HORVATH JÚNIOR, 2022, p. 324). Está baseado "no decurso do tempo, uma vez que projeta efeitos diretos no organismo do trabalhador, causando-lhe paulatinamente a diminuição da capacidade laboral" (HORVATH JÚNIOR, 2022, p. 324).

O dossiê elaborado e divulgado pelo "Observatório de Mortes e Violências LGBTI+ no Brasil" (ACONTECE ARTE E POLÍTICA LGBTI+, 2023), aponta que "das mortes por LGBTIFobia de 2022, excluindo-se as 62,64% das vítimas, das quais não foi possível a identificação da profissão/ocupação (171 vítimas), 8,79% eram profissionais do sexo (ACONTECE ARTE E POLÍTICA LGBTI+, 2023, p. 33), e que

> "Dos 24 casos de mortes violentas de profissionais do sexo, 23 eram travestis e mulheres transexuais. Esse dado reflete a exclusão das travestis e mulheres transexuais do cis-tema vigente, que limita o acesso dessa população à saúde, à educação e ao mercado de trabalho." (ACONTECE ARTE E POLÍTICA LGBTI+, 2023, p. 33).

Logo, as travestis e mulheres trans estão mais sujeitas à violência física e à danos à saúde que levem à diminuição precoce da capacidade laboral. Ademais, no mapeamento das pessoas trans no município de São Paulo de 2021 (CENTRO DE ESTUDO DE CULTURA CONTEMPORÂNEA. RELATÓRIO DE PESQUISA, 2021), verificou-se que:

> 1. Quanto à escolaridade, os dados indicam que mais da metade da população entrevistada (51%) completou o ensino médio, seguida de 20% de concluintes do ensino fundamental II e 18% do ensino fundamental I. Em relação à educação superior, o índice foi menor, apenas 12%. Esses índices revelam que a escolaridade da população trans se concentra em níveis de ensino inferiores aos verificados para a totalidade da população adulta (18 anos ou mais) do município de São Paulo (CENTRO DE ESTUDO DE CULTURA CONTEMPORÂNEA. RELATÓRIO DE PESQUISA, 2021, p. 23).

[Sumário]

> 2. Ao se indagar sobre a realização regular de trabalho ou atividade remunerada, observou-se que 58% da população trans pesquisada estava realizando alguma atividade remunerada, durante o período das entrevistas (CENTRO DE ESTUDO DE CULTURA CONTEMPORÂNEA. RELATÓRIO DE PESQUISA, 2021, p. 33).
>
> 3. Do total da população entrevistada, 58% realizam trabalho informal ou autônomo, de curta duração e sem contrato; 27% têm emprego formal com carteira de trabalho assinada; 10% desenvolvem atividades como microempreendedor individual - MEI e um percentual muito pequeno são empregadores/profissionais liberais (3%) e funcionários públicos (2%) (CENTRO DE ESTUDO DE CULTURA CONTEMPORÂNEA. RELATÓRIO DE PESQUISA, 2021, p. 35).

A predominância de trabalhos informais, de curta duração e sem contrato, apontam para uma população, em regra, não filiada à previdência social. A pouca escolaridade demonstra dificuldades para entrar e se manter no mercado de trabalho. Estas exclusões de viés trabalhista exigem cuidado legal. Evidente, portanto, que a relação entre a população aqui tratada e os sistemas de trabalhos não se compara a das pessoas cis, e, por isso, não podem aquelas ter os mesmos critérios de aferição do tempo de contribuição que estas.

Quanto à idade, ela também atende a “diminuição ou redução da capacidade laboral” (HORVATH JÚNIOR, 2022, p. 343), porém não ligada às condições de trabalho, e sim à expectativa de vida.

Elaborado por Bruna Benevides para a ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais), o dossiê “ASSASSINATOS E VIOLÊNCIAS CONTRA TRAVESTIS E TRANSEXUAIS BRASILEIRAS EM 2022” (BENEVIDES, 2023) revela que:

> "Dentre os 131 casos consideradas nas análises de 2022, 37 fontes não traziam qualquer informação a respeito da idade das vítimas, tendo sido considerados apenas os 94 casos onde foi possível identificar a idade. Os dados de 2022 apontam ainda que, 5 vítimas (5,3%) tinham entre 13 e 17 anos; 49 vítimas (52,1%) tinham entre 18 e 29 anos e; 30 vítimas (32%) tinham entre 30 e 39 anos; 7 vítimas (7,4%) tinham entre 40 e 49 anos; 2 vítimas (2,1%) tinham entre 50 e 59 anos; e 1 vítima (1,1%) com 60 anos” (BENEVIDES, 2023, p. 33).

Já o mapeamento municipal das pessoas trans de São Paulo (CENTRO DE ESTUDO DE CULTURA CONTEMPORÂNEA. RELATÓRIO DE PESQUISA, 2021), mostra que “Em relação à faixa etária, observa-se que se trata de uma população bastante jovem, com 70% dos entrevistados terem entre 16 e 35 anos” (CENTRO DE ESTUDO DE CULTURA CONTEMPORÂNEA. RELATÓRIO DE PESQUISA, 2021, p. 22).

A violência é causa da diminuição da expectativa de vida da população trans, razão pela qual dificilmente alcançará as idades atribuídas às pessoas cis. Assim sendo, há correlação lógica entre a transgeneridade e a necessidade de adoção de requisitos ou critérios de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de benefícios de aposentadoria. Aliás, mais que um vínculo de conexão lógica, há uma demanda social por este tratamento desigual.

[Sumário]

Consonância da Adoção de Requisitos ou Critérios Diferenciados na Concessão de Benefícios Previdenciários para Pessoas Trans com os Interesses Protegidos na Constituição

Embora o vínculo de conexão lógica seja o "quid determinante da validade ou invalidade de uma regra perante a isonomia" (MELLO, 2004, p. 38). É a consonância da desigualação com os interesses protegidos na constituição quem determina definitivamente a consonância ou não com a igualdade.

> Não basta, pois, poder-se estabelecer racionalmente um nexo entre as diferenças e um consequente tratamento diferençado. Requer-se, demais disso, que o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente (MELLO, 2004, p. 41/42).

Conforme lecionou-se outrora:

> As normas diretrizes dos planos de previdência social são:
>
> I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada;
>
> II – ajuda à manutenção dos dependentes dos segurados de baixa renda (salário-família e auxílio-reclusão);
>
> III - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
>
> IV - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
>
> V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes (HORVATH JÚNIOR, 2022, p. 126).

Em outras palavras, a previdência social busca cobrir os riscos sociais, impedindo que infortúnios e injustiças sociais desequilibrem a proporcionalidade da justiça, e, portanto, a igualdade. Neste sentido, a transgeneridade surge como fator de interferência sobre os "riscos" da idade e do tempo de contribuição. Visto que a violências e a desigualdade em oportunidades do mercado de trabalho, alteram a expectativa de vida e o desgaste causado pelo tempo e pelo trabalho.

Apenas esta conclusão já poderia demonstrar como a tese condiz com os objetivos constitucionais. Contudo, em aprofundamento, entendem-se que a equiparação dos gêneros, não apenas o feminino e o masculino, mas de todas as identidades, é também um fim do sistema jurídico nacional.

Inicialmente, o inciso I do artigo 5º da carta constitucional foi claro: "I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição". E este inciso deve ser interpretado com base no caput do artigo – por ser esta a técnica usada na elaboração da Constituição, em que os incisos compõem os caputs. Assim, não só "homens e mulheres são iguais" (inciso I), mas "Todos são iguais" (Caput) em direitos e obrigações.

[Sumário]

Além disso, em razão da cláusula aberta no tocante aos Direitos fundamentais - a qual se encontra no parágrafo 2º do art. 5º, e que prescreve: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” - os tratados internacionais nos servem, da mesma forma, para a fixação de seus objetos de defesa da Constituição.

Neste sentido, o Decreto n.º 678/1992 promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, que assim estabelece:

> ARTIGO 1
>
> Obrigação de Respeitar os Direitos
>
> 1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.
>
> ARTIGO 24
>
> Igualdade Perante a Lei
>
> Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

É evidente que o direito à não discriminação posto, não obsta, mas chama pela diferenciação de requisitos das aposentadorias. Afinal, há, como demonstrado nos dados do capítulo anterior, uma distinta distribuição de oportunidades, que carecem de intervenção pública para atender à igualdade. Assim, o texto constitucional claramente abraça a equiparação de todas as pessoas, em suas diferenças de gênero, inclusive as identidades não binárias ou trans.

[Sumário]

A Transgeneridade e Previdência Social: Há a Necessidade de Adoção de Requisitos ou Critérios Diferenciados para Concessão de Benefícios Previdenciários?

A possibilidade da discriminação com base na transgeneridade não responde à questão: a vedação do §1º do artigo 201 da Constituição Federal ofende o princípio da igualdade?

Para responder à pergunta, lembremo-nos que há um dever de tratamento desigual, que deve "ser compreendido da mesma maneira que o dever de tratamento igual" (ALEXY, 2017, p. 409), e que surge sempre que "não houver razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento igual" (ALEXY, 2017, p. 409) ou que "houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual" (ALEXY, 2017, p. 410).

Acontece que "travestis, mulheres e homens trans, pessoas transmasculinas e não binárias tem seus direitos básicos violados diariamente, além de tratamentos vexatórios e da ausência de respeito pelo Estado" (BENEVIDES, 2023, p. 69). Ressalta-se que

> O violento contexto social no qual as travestis, mulheres e homens trans e pessoas não binárias estão inseridas é fruto do preconceito e discriminação que promove um processo de exclusão social de nossa população. Todas essas violações de Direitos Humanos citadas aqui envolvem circunstâncias que levam a uma vulnerabilidade, sobretudo, psicológica que compromete nossa saúde mental podendo levar ao suicídio, tópico que será abordado a seguir (BENEVIDES, 2023, p. 70).

Portanto, os direitos dessa população não possuem a efetividade dos direitos da população cisgênera, e as condições de vida não podem ser tomadas sobre as medidas. As condições sociais não são se quer semelhantes, e os riscos submetidos àquela população, não se compara com os desta. Este cenário, aponta para o primeiro mandamento, demonstrando não haver razão suficiente para um tratamento igual.

Além disso:

> O Brasil se constitui como um país extremamente inseguro para essa população [LGBTI+], como podemos observar tanto na Figura 2, que indica uma tendência de crescimento no número de mortes violentas de LGBTI+ nas últimas duas décadas, como na descrição de alguns casos ocorridos em 2022. É importante constar que, apesar de os casos fatais de LGBTIfobia ocorrerem historicamente, é recente o esforço coletivo de sistematizá-los e analisá-los com o intuito de elaborar estratégias mais específicas e assertivas de combate ao preconceito. Diante da ausência de dados governamentais, foi necessário que o Movimento LGBTI+ se articulasse para denunciar e promover a defesa de nossa comunidade frente ao extermínio das nossas cidadanias (ACONTECE ARTE E POLÍTICA LGBTI+, 2022, p. 18).

[Sumário]

Nada obstante,

> A violência materializada contra os corpos de LGBTI+ é, em grande medida, uma violência de gênero, visto que as mortes de travestis, mulheres transexuais e mulheres cisgêneras totalizaram 167 casos, representando 61,17%. Desse total, é evidente que as primeiras foram as mais atingidas, com 159 mortes (58,24%), enquanto o número de mulheres cis mortas foi de oito (2,93%). Em relação aos homens, os cisgêneros foram os mais vitimados pela violência, com um total de 93 pessoas (34,07%). Já os homens trans somaram um total de oito pessoas mortas (2,93%) (Figura 12) (ACONTECE ARTE E POLÍTICA LGBTI+, 2022, p. 36/37).

Assim, há, para além da inexistência de razão para tratamento igualitário, razão mais que suficiente para o dever de um tratamento desigual, e até uma urgência jurídica nessa desigualação. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou quanto à negligência legislativa em relação à população LGBTI+, declarando a omissão quanto a criminalização da LGBTIFobia como inconstitucional (Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 26 e Mandado de Injunção de nº 4.733).

Assim, a transgeneridade não é apenas um possível, mas um necessário fator de discrímen, o que envolve também as relações previdenciárias. Afinal, como já dito, há questões de riscos sociais distintas que devem ser observadas para uma verdadeira segurança quanto adversidades próprias da estrutura social.

Consequentemente, há sim a necessidade de adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios previdenciários, o que coloca em oposição ao princípio da igualdade, a vedação do §1º do artigo 201 da CF.

[Sumário]

Conclusão

A igualdade é posta na Constituição dentro do Título II, “DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS”. É, portanto, um direito próprio do indivíduo, que pode ser cobrado do Estado e dos outros cidadãos. Trata-se de norma com natureza jurídica diferenciada (Direito Fundamental), e que não pode ser alterada nem mesmo por emenda constitucional.

Enquanto norma, ganhou a feição de princípio, em razão de não se apresentar como um mandamento inflexível em sua aplicação, podendo ser afastada, quando em conflito com outros princípios. Vale ressaltar, não se afasta um princípio se não por um sopesamento. Deve haver dois direitos em conflito, e não a mera não aplicação.

A igualdade também consta em tratados internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica, que, conforme o parágrafo 2º do art. 5º, da Constituição Federal, também figuram como direitos e garantias fundamentais. Assim, de extrema importância que se cumpra com o princípio, sob pena de violação das bases do Estado democrático de direito.

Em Aristóteles, percebemos que a igualdade está relacionada com a justiça e com a proporcionalidade, conceitos que foram estruturados no direito, que nos permitiu deduzir requisitos para a análise da conformidade dos critérios de discrímen com isonomia. Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello desenvolveu sua teoria, apontando três critérios de verificação da igualdade, que são: a observância da isonomia pelo fator de discriminação; a correlação lógica entre o fator de discriminação e a desequiparação procedida; e a consonância da discriminação com os interesses protegidos pela Constituição Federal.

Este processo é essencial não apenas em termos burocráticos e processuais, mas sim para se entender devidamente quais normas estão ou não de acordo com o princípio em questão. Afinal, dois objetos terão semelhanças e diferenças. Serão iguais em certas características e diferentes em outras, e algumas qualidades não atenderão à isonomia, mas outras sim. De modo que a discriminação pode ser ou não constitucional, a depender do regular uso do discrímen.

A simples análise moral quanto a este fator não é suficiente. Cor, raça, religião, gênero, tudo pode ser fator de discriminação. Sejam características físicas, sejam características imateriais, desde que toquem a pessoa, objeto ou circunstância que exige a diferenciação.

A partir das análises, observou-se que a transgeneridade pode, e deve figurar como fator de diferenciação, para a adoção de requisitos distintos dos da regra geral, nas aposentadorias que envolvem idade e/ou tempo de contribuição, não ofende à igualdade.

A situação das pessoas trans, travesti, queer e não binárias não é igual a de pessoas cisgêneras. As condições de vida, e a segurança física e jurídica também não. Logo, há necessidade de um tratamento na medida da desproporção social, para que haja uma redistribuição, ou um reequilíbrio do sistema, em que uma população vem auferindo “ganhos” em detrimento das “perdas” da outra.

[Sumário]

Neste ponto, devemos aplicar a justiça corretiva de Aristóteles, que se dará, perante a previdência social, através de requisitos diferenciados na concessão de benefícios. Dessa forma, a Igualdade demanda tratamento desigual. Há evidente necessidade de adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios previdenciários, o que coloca a vedação do §1º do artigo 201 da CF na contramão do princípio da igualdade.

A melhor solução seria pelo exercício típico dos poderes estatais de suas funções, ou seja, que o Poder Legislativo elaborasse uma Emenda à Constituição Federal. A Emenda se mostra como um instrumento de exercício do poder constitucional derivativo, sendo o meio hábil para alteração do texto constitucional, e deve se dar conforme o art. 60 da Constituição.

Desta forma, acrescentar-se-ia ao parágrafo 1º do artigo 201, um inciso, no sentido:

> § 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados:
>
> (...)
>
> III – que, de qualquer forma, não se identificarem com o gênero que lhes foi atribuído no nascimento, ou com qualquer gênero; bem como que se identifiquem com gênero distinto das opções binárias ou cisnormativas.

A escolha dos termos, preza por uma técnica legislativa o menos excludente possível, fugindo da representação estrita, que exige a classificação e a nomeação de sujeitos, sem, contudo, se abandonar a devida especificação dos destinatários da norma.

Para além da Emenda à Constituição, pelo texto do parágrafo, claramente demandar-se-ia a elaboração de uma lei complementar, no sentido de regulação da ordem constitucional, sendo possível, como aconteceu na EC Nº 103/2019, a criação de regras transitórias, a serem substituídas pelo texto da lei complementar.

Na ausência de movimentação por parte do poder legislativo, entende-se ser possível acionar o judiciário através de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nos termos do parágrafo 2º, artigo 103 da Constituição, e Capítulo II-A da lei nº 9.868/1999.E, caso houvesse a emenda sem normas transitórias, e sem a elaboração da lei complementar, seria o caso de Mandado de Injunção.

Nesse sentido, instrumentaliza-se os debates postos, e demonstra-se a aplicabilidade direta do princípio da igualdade no que toca a previdência social brasileira.

[Sumário]

Referências

ACONTECE ARTE E POLÍTICA LGBTI+; et al. Mortes e violências contra LGBTI+ no Brasil: Dossiê 2022. Florianópolis, SC: Acontece, ANTRA, ABGLT, 2023. Disponível em: https://observatoriomorteseviolenciaslgbtibrasil.org/wp-content/uploads/2023/05/Dossie-de-Mortes-e-Violencias-Contra-LGBTI-no-Brasil-2022-ACONTECE-ANTRA-ABGLT.pdf. Acesso em: 21.jan. 2024.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2ª. ed. 5ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

ALIANÇA NACIONAL LGBTI+. Portfólio da Aliança Nacional LGBTI+. [s.l.]: 2021. Disponível em: https://aliancalgbti.org.br/wp-content/uploads/2022/05/Alianca-Nacional-Apresentacao-para-site-18-05-2022.pdf. Acesso em 20. jan. 2024.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. Trad.: Mario da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

BENEVIDES, Bruna G. Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022. ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais). Brasília, DF: Distrito Drag; ANTRA, 2023. Disponível em: https://antrabrasil.files.wordpress.com/2023/01/dossieantra2023.pdf. Acesso em 21. jan. 2024.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad.: Carlos Nelson Coutinho; apresentação: Celso Lafer. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos; Ministério do Turismo. DICAS PARA ATENDER BEM: turistas LGBTQIA+. Brasília: 2023. Disponível em: bit.ly/3HrOf0r. Acesso em 21. jan. 2024.

BUTLER, Judith. Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade. Trad.: Renato Aguiar. 22ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2022.

CENTRO DE ESTUDO DE CULTURA CONTEMPORÂNEA. RELATÓRIO DE PESQUISA: MAPEAMENTO DAS PESSOAS TRANS NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. São Paulo: Município de São Paulo, 2021. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/direitos_humanos/LGBT/AnexoB_Relatorio_Final_Mapeamento_Pessoas_Trans_Fase1.pdf. Acesso em 21. jan. 2024.

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

FOUCAULT, Michael. Hitória da Sexualidade 1: A vontade de saber. Trad.: Maria Thereza da Costa Albuquerque. 15ª. ed. Rio de Janeiro/São Pualo: Paz e Terra, 2023.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. Direito Previdenciário. 13ª. ed. São Paulo: Rideel, 2022.

[Sumário]

JUNG, Carl Gustav, et al. O homem e seus símbolos. Trad.: Maria Lúcia Pinho. 3ª. ed. Especial. Rio de Janeiro: HarperCollins Brasil, 2016.

Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais. 5.ª edição, DSM-5. American Psychiatric Association (APA). Porto Alegre: Artimed, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª. ed.; atual; 12ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

NOGUEIRA, Rio. A crise moral e financeira da previdência social. São Paulo: DIFEL, 1985.

QUEER NATION. Manifesto Queer Nation. In: Chão de feira, série intempestiva. Cadernos de Leituras n. 53. Trad.: Roberto Romero. s.l.: 2016. Disponível em: https://chaodafeira.com/catalogo/caderno-n-53-manifesto-queer-nation/. Acesso em 24. jan. 2024.

QUINALHA, Renan. Movimento LGBTI+: Uma breve história do século XIX aos nossos dias. São Paulo: Autêntica Ensaios, 2022.

SÃO PAULO. Diversidade Sexual e cidadania LGBTI+. Governo do Estado de São Paulo. Secretaria da Justiça e Cidadania. Coordenação de Políticas para a Diversidade Sexual. 4ª ed. São Paulo: SJC/SP, 2020.

SERRANO, Mariana; CLARO, Amanda. Vidas LGBTQIA+: Reflexões para não sermos idiotas. In: Leituras Críticas Importam, Álvaro de Azevedo Gonzaga (coord.). São Paulo: Matrioska Editora, 2021.

[Sumário]

Artigo

O Nudge como Estratégia da Regulação Social: Bala de Prata ou Tiro No Pé? Estudo de Caso da Regulação do Meio Ambiente

Nudge As a Social Regulation Strategy: Silver Bullet or Shot in the Foot? A Study of Environmental Regulation

Leticia Wienskoski
Bacharel em Direito (UFRJ)
Pós graduada em Direito Empresarial (PUC-RJ)
Mestranda em Direito da Regulação (FGV-RJ)

[Sumário]

O Nudge como Estratégia da Regulação Social: Bala de Prata ou Tiro No Pé? Estudo de Caso da Regulação do Meio Ambiente

Nudge As a Social Regulation Strategy: Silver Bullet or Shot in the Foot? A Study of Environmental Regulation

Resumo: Em resposta a empolgação advinda da implementação da arquitetura da escolha como estratégia regulatória aparentemente revolucionária, o presente trabalho buscará responder, através de revisão bibliográfica, se o nudge possui condições que limitam sua eficácia nos domínios sociais. Utilizando como pano de fundo a regulação do meio ambiente, a hipótese a ser testada é de que as condições que ditam os comportamentos individuais (preferências) limitam crucialmente a eficácia dos nudges e a não observação destas condições geram consequências sociais, cujos efeitos são contrários aos pretendidos pela regulação social como justiça e equidade.

Palavras-Chave: Nudge - Eficácia - Regulação Social - Meio Ambiente - Efeito Cobra

Abstract: In response to the excitement arising from the implementation of choice architecture as an apparently revolutionary regulatory strategy, this work will seek to answer, through a literature review, whether nudge has conditions that limit its effectiveness in social domains. Using environmental regulation as a backdrop, the hypothesis to be tested is that the conditions that dictate individual behaviors (preferences) crucially limit the effectiveness of nudges and failure to observe these conditions generate social consequences, the effects of which are contrary to those intended by social regulation such as justice and equity.

Keywords: Nudge - Effectiveness - Social Regulation - Environment - Cobra Effect

[Sumário]

Introdução

O *"nudge"*, idealizado por Thaler e Sustein, foi consagrado como uma estratégia regulatória eficaz, de baixo custo e fácil implementação. Segundo os autores e baseado na Economia Comportamental, a partir da estrutura da arquitetura de escolhas dos indivíduos é possível alterar seus comportamentos de forma previsível, promovendo decisões socialmente desejáveis sem restrição das opções e liberdade individual (Thaler, 2008, p.14).

A suposta simplicidade e eficácia do uso do *nudge* atraiu a atenção de diversas entidades internacionais, como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OECD, 2017) e o Banco Mundial (World Bank, 2015), que passaram a demonstrar interesse nesta estratégia como alternativa para orientar os cidadãos em assuntos de interesse público (Ridder, 2020, p.2), incentivando a utilização da ciência comportamental como premissa de políticas contra a corrupção (The United Nations Organization, 2022).

No ano de 2010, a OCDE divulgou um relatório que encorajava a aplicação de insights comportamentais no desenvolvimento e avaliação de políticas, com foco especial na esfera ambiental. Seguindo essa mesma linha de pensamento, a Agenda 2030 das Nações Unidas preconiza que a consecução dos objetivos globais de sustentabilidade depende essencialmente da análise do comportamento humano. Essa agenda deposita confiança na pesquisa em ciências comportamentais, visando compreender as decisões individuais para possibilitar a elaboração otimizada de políticas públicas, especialmente no âmbito da preservação ambiental e no combate ao terrorismo.

Mertens e al, revelam, a partir da análise de mais de 400 *nudges* implementados ao redor do mundo, que essa estratégia a regulatória é utilizada se forma quase que restrita aos temas relacionados à saúde, meio ambiente, consumo, educação, privacidade de dados e educação financeira, domínios da regulação social (Mertens, 2019, p. 47-58).

Em resposta a empolgação advinda da implementação desta estratégia aparentemente revolucionária, o presente trabalho buscará responder através de uma revisão bibliográfica se o *nudge* possui condições que limitam sua eficácia nos domínios sociais. Utilizando como pano de fundo a regulação do meio ambiente, a hipótese a ser testada é de que as condições que ditam os comportamentos individuais (preferências) limitam crucialmente a eficácia dos *nudges* e a não observação destas condições geram consequências sociais, cujos efeitos são contrários aos pretendidos pela regulação social como justiça e equidade.

Para tanto, o trabalho será divido em quatro sessões, na primeira delas será feita uma breve apresentação do *nudge* como estratégia da regulação social, a segunda sessão se dedicará ao estudo da eficácia desta estratégia regulatória, suas condições-limite e o possível efeito cobra da implementação do nudge, em seguida será feito o estudo de caso da implementação da cláusula default na promoção de energia sustentável.

[Sumário]

Regulação Social e o *Nudge*: O Encontro Perfeito?

A regulação social na literatura é diferenciada da regulação econômica utilizando-se geralmente como critérios *"o agente ou atividades que estão sendo reguladas, a natureza das ferramentas ou instrumentos regulatórios utilizados ou o propósito da atividade regulatória em termos de problemas que é designada a resolver ou os resultados específicos que é destinada a produzir"* (WINDHOLZ, 2013, p.25).

Do ponto de vista dos propósitos perseguidos, uma parte da doutrina a define a regulação social como aquela que busca a correção dos efeitos prejudiciais da atividade econômica e, outra parte como aquela desenhada para alcançar resultados socialmente almejados como justiça e solidariedade (WINDHOLZ, 2013, p.28).

Da primeira vertente, Baldwin, Scott e Hood, entendem a regulação social como operada por todos os setores da economia e que, geralmente, promove intervenção para evitar os efeitos indesejados da atividade industrial na sociedade, como poluição ou riscos à saúde e segurança dos empregados e consumidores (BALDWIN, 1998, p.2).

Já Prosser (PROSSER, 2006, p.364-365), defensor da segunda corrente conceitual, sugere que a lógica pura de regulamentar da falha do mercado, é inadequada para justificar normativamente a gama de tarefas regulamentares empreendidas pelo Estado e que esta abordagem vê a regulação como uma segunda opção em relação à alocação de mercado. Para este autor, a justificativa da regulação vai além da necessidade de corrigir falhas de mercado e se encontra na lógica da defesa da solidariedade social. Sustein entende, no mesmo sentido, que *"as abordagens que se baseiam exclusivamente na economia neoclássica estão fadadas a interpretar mal o Estado regulador moderno, baseando-se, como o fazem, em critérios que não conseguem captar as diversas razões legítimas para os controles regulatórios"* (SUSTEIN, 1993, p.229).

Consequentemente, por ter objetivos diferentes da maximização da eficiência e da concorrência dentro de um mercado específico ou correção de falhas de mercado (assim como monopólios, informação inadequada ou assimétrica, externalidades ou poder de barganha desigual), a regulação social também possui instrumentos e estratégias regulatórias que melhor se adequam aos seus propósitos do que aos da regulação econômica.[1]

Muito embora Thaler e Sustein, os ideólogos do *nudge*, definam esta estratégia como todo gênero de arquitetura de escolha que modifique o comportamento das pessoas de forma previsível, de implementação fácil, barata e não obrigatória (THALER, 2008, p.6), sem apresentar os domínios para os quais melhor se adeque, pesquisas compravam que no plano prático a sua utilização é quase que restrita aos temas específicos de regulação social (meio ambiente, saúde, educação financeira etc.).

1 "As regulações econômicas interferem diretamente nas decisões de mercado como preço, concorrência, entrada ou saída do mercado. A reforma tem como objetivo aumentar a eficiência econômica através de redução de barreiras para concorrência e inovação, frequentemente por meio da desregulação, e uso da regulação de promoção à eficiência, e do aprimoramento das estruturas regulatórias, para funcionamento de mercado e supervisão prudente". (OECD, 1997).

[Sumário]

Além disso, diferentemente de outras estratégias como o comando e controle, o sucesso do *nudge* depende de sua validação social e exige que seus propósitos ressoem com os valores e preocupações dos grupos afetados. Da mesma forma que a regulação social, as intervenções feitas através de *nudges* precisam ser pautadas em sua aceitação pelos grupos alvo ou tal regulação provavelmente desencadeará resistência e, portanto, não será promissora.

Por sua aplicação massiva nos domínios da regulação social, bem como às suas condições de eficácia[2] como preferências e disposição[3] do indivíduo, adotarei como premissa que o *nudge* é um instrumento cuja aplicação é mais voltada à regulação social do que a econômica.

Entretanto, o grande sucesso do *nudge* nos domínios da regulação social vai além da sua melhor adequação a este setor. A promessa de uma estratégia regulatória de baixo custo e alta eficiência[4] encontrou um cenário político propício a sua disseminação: o das críticas aos mecanismos tradicionais de regulação, como por exemplo em relação a aplicação de comando e controle na regulação ambiental por não alcançar completamente seus objetivos.[5] Essa combinação de fatores culminou na atenção dos agentes políticos para a influência de vieses cognitivos nos comportamentos não sustentáveis, bem como para o uso de *nudges* sobretudo nos domínios da regulação do meio ambiente.

Diante da significativa repercussão da estratégia, em 2010, o Reino Unido estabeleceu o The Behavioral Insights Team ("BIT"), com o objetivo primordial de desenvolver *nudges* para implementação em políticas públicas. Pouco depois, em 2017, Richard Thaler recebeu o Prêmio Nobel de Economia em reconhecimento à sua contribuição como ideólogo do *nudge*, consolidando-o como uma orientação eficaz para influenciar o comportamento individual.

---

2 As condições de eficácia do nudge serão discutidas na próxima sessão.

3 Segundo Baldwin et al: "Uma preocupação final sobre o 'nudging' é que (..,) sua eficácia pode depender não apenas da capacidade organizacional e da racionalidade dos regulados, mas também de suas disposições. Se os regulados não estiverem inclinados a cumprir regulamentações ou estiverem comprometidos com a conformidade criativa ou um curso de ação errante, é improvável que respondam bem aos empurrões". (BALDWIN, 2012. p.135).

4 O grande sucesso dos nudges decorre do fato de que eles geralmente impõem baixos (ou nenhum) custos; porque, por vezes, proporcionam resultados rápidos (incluindo poupanças econômicas significativas), por manterem a liberdade e porque podem ser altamente eficazes. Em alguns casos, os nudges têm um impacto maior do que as estratégias mais caras e mais coercitivas. Por exemplo, as regras-padrão, a simplificação e o uso de normas sociais têm, por vezes, sido descobertos para produzir impactos ainda maiores do que significativos incentivos econômicos. No contexto do planejamento da aposentadoria, a inscrição automática tem se mostrado extremamente eficaz na promoção e no aumento da poupança." (SUSTEIN a, 2017, p. 1033-1034).

5 "Um procurador-geral assistente de Nova York escreveu: "décadas de experiência têm ilustrado que os mecanismos tradicionais de aplicação/punição de 'comando e controle' não foram capazes de alcançar completamente os nobres objetivos das principais leis ambientais." Críticos do sistema atual de regulamentação ambiental têm avançado diversas teorias para explicar por que o sistema falhou em atender às expectativas. No entanto, a teoria comportamental tem sido notavelmente ausente nos esforços para explicar falhas no sistema. Especificamente, aqueles que advogam pela reforma da legislação ambiental têm ignorado a influência de vieses cognitivos no comportamento daqueles visados pela regulamentação ambiental". (WILSON, 2005, p.224.).

[Sumário]

O *nudge* passou a ser reconhecido como uma ferramenta política eficiente para alinhar intenções e ações, facilitando a mudança comportamental dos indivíduos. Governos e organizações ao redor do mundo adotaram a abordagem de arquitetura de escolha para aprimorar políticas públicas relacionadas ao meio ambiente, saúde, educação, entre outras áreas (MORATO, 2020; PERFETTO JUNIOR, 2019; SANTOS, 2021). No Brasil, diversas publicações científicas abordam o uso de *nudges* em temas como saúde, alimentação, transplante de órgãos, políticas antitabaco, entre outros[6]. Em 2014, o município do Rio de Janeiro tornou-se pioneiro ao criar uma *Nudge Unit* em parceria com a Fundação João Goulart (ANDRADE, 2019).

Quanto às críticas ao *nudge*, segundo Baldwin e Cave (BALDWIN, 2012, p.130), geralmente se concentram em dois pontos: as preocupações sobre o paternalismo[7] inerente a esse tipo de intervenção e a falta de transparência (RIDDER, 2022, p.348), que, segundo alguns, poderia resultar na substituição de falhas de mercado por falhas de governo[8]. No entanto, essas críticas têm sido vigorosamente rebatidas, com argumentos que sustentam o caráter libertário do paternalismo promovido pelos *nudges* e evidências recentes que indicam que a falta de transparência na aplicação dessas estratégias não afeta sua eficácia[9].

Diante de tantas promessas de baixos custos e altos resultados, nos voltamos à questão que se pretende responder neste trabalho: os *nudges* não tem condições que limitem sua eficácia quando implementados nos domínios da regulação social?

---

6 Ver: Perfetto Junior, Domingos José; Gonçalves, Oksandro. A Regulação do Cigarro e os Viéses Comportamentais. RJLB, Ano 5 (2019), nº 5, 415-446. SANTOS, Luciana Rêgo dos; MATIAS, João Luís Nogueira. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC111ALIMENTAÇÃO, SAÚDE E MEIO AMBIENTE: OS NUDGES COMO INSTRUMENTO PARA UMA ALIMENTAÇÃO SAUDÁVEL E SUSTENTÁVEL NO BRASIL. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 41 n. 1 (2021): jan/jun 2021. 111-135. MORATO, O. “Utilizando economia comportamental nas políticas públicas para aumentar a doação de órgãos” Revista Themis - ESMEC/TJCE. Fortaleza, 2020.

7 “Paternalismo é um tipo de intervenção na liberdade do indivíduo sob a justificativa do aumento do seu bem-estar, tendo como premissa a presunção de que quem intervém possui o conhecimento necessário para tal.” (DWORKIN, 1983, p.106).

8 “A ideia de falha de governo está associada ao argumento de que, mesmo quando o mercado não atender às condições de concorrência perfeita, necessárias para garantir o ótimo social, a intervenção estatal pode gerar resultados ainda piores, em termos de eficiência, ao invés de melhores”. (PORTO, 2019, p.30).

9 “Vários estudos demonstraram que a divulgação da presença de um nudge, a sua finalidade, ou a forma como funciona não reduz significativamente o seu impacto em comparação com uma condição em que a divulgação estava ausente, independentemente de a divulgação foi administrado antes ou depois da exposição ao estímulo.” (RIDDER, 2022, p. 349).

[Sumário]

Eficácia, "Efeito Cobra" e Condições Limite de Aplicação.

Segundo o Banco Mundial *"prestar atenção em como os homens pensam e como a história e contexto moldam o pensamento pode ajudar a melhorar o desenho e a implementação do desenvolvimento de políticas e intervenções que miram na escolha e na ação"* (WORLD BANK, 2015). Contudo, muito embora as agendas públicas apontem para a mudança de comportamento como elemento chave para a resolução de boa parte dos problemas sociais contemporâneos (MERTEN, 2022, p.1), essa mudança por indução comportamental pode não ser tão simples, barata e eficiente quanto promovido por Thaler e Sustein.

No estudo citado de Merten et al, foi concluído que, a despeito de sua ampla aplicação, o *nudge* efetivamente promove mudanças de comportamento de baixa a média eficácia, tendo seus maiores índices de sucesso quando do uso de cláusulas de *default*[11]. Neste mesmo, sentido é a pesquisa de 2019 conduzida por Hummel et al (HUMMEL, 2019, p.55 e 56), onde a análise quantitativa mostra que um terço dos efeitos dos *nudges* são estatisticamente insignificantes.

Entrando em maiores detalhes, Hummel et al estudaram os efeitos médios dos dez tipos de *nudges* listados por Thaler e Sustein e os resultados foram os seguintes: cláusula padrão (50%), simplificações (25%), normas sociais (20%), aumentos na facilidade e na conveniência (25%), divulgação de informação (11%), advertências gráficas ou diversas (20%), estratégias pré-compromissórias (8%), lembretes (8%), induzindo intenções de implementação (39%), informar as pessoas sobre a natureza e as consequências das suas próprias escolhas passadas (20%).

Um grande problema destas constatações, além do óbvio (a baixa eficácia desta estratégia), é revelado em estudo conduzido por David Hagmann et al, onde se concluiu que, os indivíduos e elaboradores de políticas públicas, considerando que o *nudge* é uma estratégia regulatória de baixo custo e resultados rápidos, tendem a dar menor suporte a outras estratégias tradicionais mais custosas[12], mas que possuem maior potencial de efetividade (HAGMANN, 2019, p. 488).

11 Ver também (MOMSEN,2014, p.376).

12 Os autores também fazem referência ao "spillover effect" do nudge, os quais não trataremos neste artigo, mas vale mencionar: "Confiar em estímulos aumenta o potencial de repercussões comportamentais que podem, em última análise, minar a sua eficácia. Influenciar um aspecto do comportamento pode dar às pessoas licença moral para compensar o seu comportamento em outro lugar. Por exemplo, os residentes que foram incentivados a diminuir o consumo de água aumentaram o uso de eletricidade. Verificou-se que o simples fato de recordar às pessoas as suas próprias ações passadas para reduzir o consumo de energia diminui o apoio à ação governamental em matéria de alterações climáticas. Outra investigação descobriu que dar às pessoas a sensação de que estão a fazer pequenos progressos na resolução dos problemas pode diminuir a sua motivação para fazer mais". (HAGMANN, 2019. p.484).

[Sumário]

O referido estudo aponta que a promessa de uma estratégia de regulação eficaz a custos mais baixos do que os associados às estratégias convencionais, geram uma interação entre estas estratégias, reduzindo o apoio a estas últimas. Tendo como palco o estudo da regulação de energia sustentável, se verificou que o incentivo à energia verde pode reduzir significativamente o apoio a outras políticas ambientais mais onerosas (e também mais eficazes)[13].

Ou seja, fatores como decisores políticos interessados em se promover através de campanhas de combate às alterações climáticas e eleitores preocupados com os custos das regulações podem aumentar as chances da implementação do *nudge* como estratégia de regulação em detrimento de outras com maior impacto como os impostos sobre o carbono.

Para fins de teste da hipótese do estudo, foram realizadas seis pesquisas experimentais onde os entrevistados foram abordados e questionados acerca de um possível apoio a uma política de imposto sobre carbono ou uma de incentivo verde. As descobertas foram no sentido de que o reconhecimento da existência de um *nugde* relacionado à energia verde diminui o apoio a implementação de uma regulação de imposto sobre o carbono. O fenômeno foi observado também em outros domínios sociais, de tal forma que um *nudge* incentivador de poupança reduz o apoio à majoração de alíquotas de contribuição previdenciária na mesma medida que um incentivo à energia verde reduz o apoio a um imposto sobre o carbono (HAGMANN, 2019, p. 487-488).

Da análise, podemos depreender que o uso irrestrito de *nudges* como estratégia regulatória pode ter um potencial de comprometimento do plano regulatório inteiro de um setor, tendo um resultado de longo prazo oposto ao pretendido (i.e., a defesa daquele domínio regulado), que precisa ser observado, sobretudo à luz das pesquisas que comprovam sua baixa eficácia como estratégia regulatória de maneira geral.

13 Segundo os autores: “As políticas mais eficazes para reduzir as emissões de carbono dependem de intervenções governamentais tradicionais e pesadas, como impostos especiais de consumo, normas de eficiência de combustível para automóveis e subsídios para a adopção de fontes de energia renováveis. O mais abrangente e eficaz deles é um imposto sobre o carbono (ou a abordagem estreitamente relacionada de *cap and trade*). Contudo, apesar do crescente alarme sobre as alterações climáticas, os impostos sobre o carbono são raros e ainda não foram implementados de forma eficaz. Em contraste, os *nudges* de energia verde são implementados de forma generalizada” (HAGMANN, 2019, p.484).

[Sumário]

Essa situação é conhecida pelos economistas sob o nome de *"efeito cobra"*[14] que capta a tendência comum dos decisores, quando confrontados com um problema, de aplicar a solução mais fácil, sem um estudo de impactos de longo prazo. Embora pareça funcionar à primeira vista, a correção da falha no longo prazo tem um resultado inesperado que amplifica o problema. Quando o governo faz uma escolha regulatória partindo da falsa premissa da relação de custo e benefício dos nudge em relação a outras estratégias, pode incorrer em uma escolha autodestrutiva no longo prazo.

Diante dessa problemática da eficácia dos nudges e seus desdobramentos, Denise Ridder destaca a relevância de se considerar as condições que determinam em que medida os indivíduos são receptivos à influência da arquitetura de escolha e, por conseguinte, o quão eficaz o *nudge* pode ser na alteração de comportamentos (RIDDER, 2022, p.346). Para a autora, é necessário levar em conta que apesar dos preconceitos cognitivos comuns que constituem os mecanismos subjacentes a muitas intervenções de incentivo, os indivíduos só podem ser induzidos a comportamentos que estiverem alinhado com as suas preferências pessoais (RIDDER, 2022, p.347).

Ou seja, para compreender a limitada eficácia do *nudge* discutida anteriormente, é crucial reconhecer que os esforços direcionados à configuração da arquitetura de escolha para fomentar o bem-estar social entram em conflito com os princípios fundamentais da economia comportamental. Implementar *nudges* para melhorar a qualidade de vida dos indivíduos exige o conhecimento das suas preferências, o que se revela como um desafio intrínseco à própria natureza da abordagem.

Herbert Simon em uma de suas obras clássicas questiona *"como os seres humanos raciocinam quando não encontram as condições de racionalidade postuladas pelo modelo da economia neoclássica"* (SIMON, 1989, p277). O *homo sapiens*, diferente do *homo economicus*, não tem racionalidade ilimitada, capacidade ilimitada de processar informações e nem meios ou força de vontade para agir sempre de forma a maximizar sua utilidade.

Em sua busca da resposta ao seu questionamento, Simon apresentou em 1955 pela primeira vez o termo *"racionalidade limitada"* e propôs que os indivíduos usam heurísticas e vieses para otimizar o processo decisório como alternativa a uma busca exaustiva por informações e assimilações a cada escolha (SIMON, 1955, p.118). Esses *"atalhos mentais"* são utilizados de forma sistemática e previsível em função de situações com as quais os indivíduos se deparam e podem ser utilizados como indicadores de comportamentos.

14 "O efeito cobra é um termo cunhado pelo economista alemão Horst Siebert no seu livro "Der Kobra- Effekt" (…) que se refere a incentivos bem-intencionados ou esquemas regulatórios que, em última análise, exacerbam o problema para o qual foram introduzidos. (...) O governo britânico, preocupado com o número de cobras venenosas em Delhi, ofereceu uma recompensa por cada cobra morta. Inicialmente, esta foi uma estratégia bem-sucedida. Porém, com o tempo, indivíduos começaram a criar cobras para obter renda. Quando o governo tomou conhecimento disso, o programa de recompensas foi cancelado. Em resposta os criadores de cobras libertaram suas cobras agora inúteis e a população de cobras selvagens aumentou ainda mais. (...) Neste caso, a regulação não só impõe seus próprios custos, como também os efeitos negativos não intencionais que exacerbam o problema subjacente. Seus danos vão além do desperdício" (WALKER, 2013, p.31).

[Sumário]

Com intuito de entender as situações em que os indivíduos recorrem às heurísticas, Simon dividiu a racionalidade em três reinos: o da certeza, o do risco e o da incerteza. O primeiro deles é autoexplicativo e trata do território em que todas as opções e consequências são conhecidas com certeza. No segundo deles, o do risco, todas as opções são conhecidas, e as probabilidades de ocorrência das suas consequências podem ser estimadas com segurança. Por fim, no terceiro reino, o da incerteza, os dados não são totalmente conhecidos e tão pouco as consequências.

Dito isto, o cerne da questão a ser levantada neste ponto é de que os indivíduos só recorrem às heurísticas quando a racionalidade está no território da incerteza. Em outras palavras, quando os indivíduos têm certeza acerca das situações ou pelo menos conseguem fazer uma análise de risco de opções disponíveis, os atalhos mentais não são utilizados (GIGERENZER , 2015, p.8).

Partindo da premissa que os *nudges* são mecanismos implementados para arquitetar a decisão dos indivíduos em situações que geralmente as heurísticas seriam utilizadas, é possível afirmar que assim como esses atalhos mentais só ganham espaço no *"reino da incerteza"*, o mesmo se aplica na arquitetura da escolha. Ou seja, os indivíduos, de um modo geral, só poderiam ser induzidos de forma não coercitiva a mudar seus comportamentos caso estejam em dúvida de como agir, o que importa dizer que a indução de escolha funciona quando o indivíduo não possui preferências pré-existentes ou não consegue ter certeza de que decisões tomar.

Muito embora essas constatações sejam o nervo central da dinâmica da implementação dos *nudges*, costuma ser um ponto que fica em segundo plano tanto das críticas quanto da obra da Thaler e Sustein. Os autores ao frisarem o quão simples é a implementação dessa estratégia não enfatizam que a eficácia dela depende diretamente da observação das preferências do público-alvo ao qual se destinam.

Um reflexo desse apontamento é que os exemplos clássicos utilizados pelos autores acerca de *nudges* simples de implementar e com resultados ótimos é a mudança de comportamento é o da inscrição automática em planos de previdência e da alteração de disposição de alimentos saudáveis e opções mais açucaradas em uma padaria. Contanto, pesquisas acerca dos temas depõe em sentido contrário sobre a eficácia dessas ações, como passaremos a analisar.

Corroborando as afirmações apresentadas, uma análise mais direta sobre o efeito moderador das preferências individuais revelou que a receptividade a produtos *"verdes"* promovidos por cláusulas padrão foi ampliada entre aqueles que mantêm atitudes pró-ambientais mais intensas. Simultaneamente, a aceitação da alternativa não verde, impulsionada pelo padrão, foi reduzida nesse mesmo grupo, indicando que indivíduos com posturas pró-ambientais robustas tendem a persistir na escolha da opção mais sustentável, independentemente da influência externa. Este resultado respalda a noção de que as preferências pessoais, particularmente quando alinhadas a valores pró-ambientais, desempenham um papel significativo na forma como as pessoas respondem e adotam escolhas promovidas por mecanismos comportamentais (TAUBE, 2019, 721).

[Sumário]

No mesmo sentido, ilustrando a redundância no *nudge* quando os participantes já têm preferências muito fortes pelo comportamento promovido, Theotoskis etc. al mostraram que o efeito da cláusula padrão para promover a reutilização de toalhas era muito menor para indivíduos que já eram conscientes e aderentes às pautas de sustentabilidade - eles pretendiam reutilizar a toalha de qualquer maneira - do que para pessoas menos preocupadas com o meio ambiente (THEOTOKIS; MANGANARI, 2015, p.423).

Ainda neste contexto, Goldin propõe que indivíduos consistentes em suas escolhas demonstram menor suscetibilidade devido à solidez de suas preferências, enquanto aqueles com baixa consistência revelam-se mais influenciáveis. Além disso, ele destaca que fatores como experiência, educação e renda estão frequentemente associados aos níveis distintos de solidez nas preferências individuais (GOLDIN, 2015, p.32).

Em 2013, Bronchetti et al., ao conduzirem uma pesquisa sobre a eficácia do uso da cláusula padrão para estimular a alocação automática de parte dos reembolsos de impostos dos indivíduos para a poupança, constataram que a aplicação da cláusula se revelou ineficaz quando os participantes já haviam preestabelecido planos para utilizar seus reembolsos em gastos específicos. Este achado sugere que a efetividade da estratégia do default está diretamente ligada à flexibilidade das intenções individuais, destacando a importância de considerar o contexto das decisões financeiras e a predisposição dos participantes em adotar mudanças preestabelecidas (BRONCHETTI, 2013, p.609).

Vale ressaltar que, embora a constatação de que a eficácia do nudge depende da sua sintonia com as preferências individuais possa desapontar aqueles que consideram os nudges uma solução mágica em contraste com as abordagens tradicionais, essa conclusão é de significativa relevância para contextualizar a implementação do *nudge* nas políticas públicas (RIDDER, 2020, p. 8).

Por fim, vale chamar a atenção para a agenda de debates acerca da implementação do *nudge* como uma estratégia da regulação social:

> Considerando o potencial dos incentivos para envolver os indivíduos em questões políticas prementes – como a pobreza, o desenvolvimento na primeira infância, a produtividade ou as alterações climáticas – é urgente examinar de que forma a preferências podem ser levadas em consideração ao abordar os casos com impactos maiores. Contudo, essa agenda exige uma investigação sistemática sobre as preferências quando estes tipos de questões sociais complexas estão em jogo. Isto aplica-se especialmente a temas que geraram debates sociais acalorados, como, por exemplo, o racismo ou a hesitação em vacinar, que podem estar sujeitos a fortes opiniões políticas (RIDDER, 2022, p.355).

[Sumário]

Consequenciais Sociais: Estudo de Caso da Cláusula Padrão na Promoção de Energia Sustentável.

Além da preocupação acerca das condições de eficácia do *nudge*, arquitetura da escolha pode ter efeitos perversos (semelhante ao efeito cobra estudado na sessão anterior) ou também podem comprometer outros objetivos importantes (HIRSCHMAN, 1991, p.1), como quando um *nudge*, concebido para proteção do meio ambiente, acaba por agir como um imposto sobre a energia para membros mais desfavorecidos da sociedade caso não sejam estudadas as preferências dos indivíduos antes da sua implementação, o que passaremos a analisar.

Dentre as modalidades de *nudge* que foram abordadas, foi observado que a regra padrão tem o maior percentual médio de eficácia (50%). Algumas pesquisas apontam os motivos para esse maior potencial de impacto e segundo Sustein, há três razões elementares para tanto: (i) a necessidade de esforço para evitar seus efeitos; (ii) o entendimento de que a regra é uma recomendação governamental, e (iii) tendência à manutenção de status quo e aversão às perdas (SUSTEIN b, 2017, p.7).

A primeira razão à inércia e procrastinação: para alterar a regra padrão, os indivíduos devem realizar uma escolha ativa de rejeitar essa regra (esforço). Especialmente se estiverem ocupados, se a questão for difícil ou técnica, é tentador adiar a decisão ou simplesmente não a tomar. A atenção é um recurso escasso e é difícil envolvê-la; uma regra padrão pode ser mantida porque o esforço de promover uma alteração pode não parecer valer a pena.

O segundo fator envolve o que as pessoas podem ver como o sinal informativo fornecido pela regra padrão. Se os arquitetos da escolha optaram por uma regra, muitos indivíduos acreditarão que receberam uma recomendação implícita, a menos que tenham informação privada que seja confiável e que justifique uma mudança. Seguir as próprias escolhas pode parecer para muitos como arriscado, sendo mais fácil e oportuno aceitar o que se entende como uma recomendação governamental.

O terceiro fator envolve a premissa descoberta pela ciência comportamental de que os indivíduos têm maior aversão às perdas do que disposição para ganhos. Nesse sentido, o ponto chave é que a regra padrão faz uma manutenção de status quo e determina o ponto de referência para contar as alterações como perdas ou como ganhos. Se, por exemplo, as pessoas não estiverem automaticamente inscritas num plano de poupança, a decisão de se inscrever poderá parecer uma perda (de salário). Se as pessoas forem automaticamente inscritas, a decisão de optar pela exclusão poderá parecer uma perda de poupanças (SUSTEIN b, 2017, p.8).

Contudo, em que pese os fatores acima, as preferências deveriam ser moderadoras da eficácia também da cláusula padrão. Nesses casos, a inércia seria superada, os indivíduos não ficariam comovidas pelas sugestões porventura refletidas na regra padrão e a aversão à perda seria pouco relevante, em parte porque a preferência clara e as normas sociais que a acompanham, e não a regra padrão, definem o ponto de referência a partir do qual as perdas são medidas.

[Sumário]

Contudo, os estudos apontam para uma exceção: indivíduos provenientes de contextos socioeconómicos mais baixos respondem melhor ao *nudge*, principalmente no que diz respeito a implementação de cláusulas padrão (RIDDER, 2022, p. 354; BESHEARS, 2016). A respeito do tema, vale transcrever as palavras de Goldin:

> Para muitas decisões, a suscetibilidade a um *nudge* provavelmente varia de acordo com a renda. A atenção é um recurso escasso para todos, mas é especialmente escasso para aqueles que estão sob maior pressão financeira; tais indivíduos podem achar especialmente caro gastar sua energia mental resistindo a força do *nudging* (...) considere a inscrição automática em planos de poupança para a aposentadoria patrocinados pelo empregador. Poderíamos imaginar que os funcionários com rendimentos mais elevados teriam maior probabilidade de escolher de forma consistente – talvez tenham melhor educação financeira ou sejam mais propensos a consultar um planejador financeiro ao tomar a decisão. Além disso, é também bastante provável que os trabalhadores com rendimentos mais elevados tenham objetivos de poupança para a reforma diferentes dos seus colegas com rendimentos mais baixos – por exemplo, devido a expectativas diferentes sobre o seu rendimento ao longo da vida (GOLDIN, 2015, p.32).

Tomando esses estudos como premissa, Ghesla et al. investigam os impactos decorrentes da introdução de cláusulas padrão no bem-estar social, explorando a questão central sobre se o emprego desse *nudge* pode gerar implicações distributivas. A hipótese examinada sugere que a aplicação da cláusula padrão pode ter efeitos mais expressivos em famílias de baixa renda, levantando a possibilidade de que a implementação de um mesmo padrão de escolha para todos os membros da sociedade possa prejudicar esses grupos vulneráveis.

A análise foi conduzida em 2017, quatro anos após a implementação da cláusula padrão para opção automática de energia verde (considerada sustentável, porém mais custosa), baseando-se em 1.362 respostas obtidas por meio de uma pesquisa de preferências. Na ocasião, constatou-se que mais de 75% das famílias examinadas mantiveram o contrato alinhado à cláusula padrão, mesmo quando esta não correspondia às suas preferências. Os resultados da pesquisa indicaram que esse fenômeno, caracterizado pelo desalinhamento entre preferência individual e decisão contratual, é mais prevalente entre famílias com renda e nível educacional mais baixos (GHESLAA, 2020, p. 4).

Adicionalmente, a pesquisa demonstrou que as famílias com renda mais baixa têm menos informações para embasar suas decisões para com a escolha da energia sustentável, percebem a esta decisão como complexa e por isso tendem a procrastinar, desconhecem com frequência que poderiam tomar decisão diferente da cláusula padrão, são mais propensos a perceber o padrão como uma recomendação governamental. Esses resultados, baseados nos fatores de majoração de impacto das cláusulas padrão, explicam o porquê de os entrevistados mais pobres não agirem de acordo com as suas preferências e acabam com a contratação que é mais cara do que eles poderiam arcar (GHESLAA, 2020, p. 4 e 10).

Ao final do estudo, conclui-se que a *"cláusula padrão verde"* teve uma alta eficácia, de fato conduzindo a escolhas contratuais de eletricidade que resultam em emissões mais baixas de CO2. Todavia, esta redução das emissões teve um custo considerável para os consumidores, que, segundo o estudo, são superiores a estimativas do custo social do carbono (GHESLAA, 2020, p. 13).

[Sumário]

Assim, apesar de Sustein apontar para o fato de que as escolhas dos consumidores são massivamente afetadas pela arquitetura de escolha prevalecente, incluindo normas sociais e pela regra padrão aplicável, sobretudo na esfera do meio ambiente, e que quando a escolha automática não é verde, pode ser necessário muito trabalho para que as pessoas identifiquem e selecionem abordagens ambientalmente preferíveis, esses nudges podem ter altos custos para os consumidores e muitas vezes proporcionam benefícios ambientais modestos. Essa problemática é ainda mais agravada considerando o fato de que populações economicamente vulneráveis são mais influenciáveis pelos *nudges*.

Os resultados chamam a atenção para o fato de que avaliação do sucesso da arquitetura da escolha é geralmente orientada pelo alcance da mudança de comportamento, contudo esse tipo de aferição pode acabar ignorando o ponto de vista do bem-estar social que efetivamente se pretende. Em um estudo conduzido por Alcott and Kessler também sobre energia verde, concluiu-se que apesar da promoção efetiva de bem-estar pelo *nudge*, houve a incorrência de custos para os consumidores que normalmente não são contabilizados. A análise apontou que considerar apenas a mudança de comportamento sem levar em conta os efeitos no bem-estar social levaria a uma análise de impacto cinco vezes melhor do que aquela obtida quando considerados todos os efeitos decorrentes da implementação da estratégia (ALCOTT, 2015, p.41).

Neste mesmo sentido, uma revisão de 72 estudos empíricos sobre incentivos ao comportamento pró-ambiental revelou que apenas alguns dessas pesquisas revisadas abordaram os custos indiretos das intervenções testadas (Byerly, 2018, p.159). Em outra pesquisa semelhante, tendo como escopo a implementação de *nudges* para estimular conservação de energia, chegou-se à conclusão de que apenas alguns governos procuraram avaliar os custos destas políticas antes de sua implementação (ANDOR, 2018, p. 178-210).

Concluindo a análise, quando existem externalidades significativas, os interesses dos que indivíduos não são a única consideração a ter em mente, portanto a regra padrão só deve ser escolhida após consideração de todo o conjunto de efeitos sociais para evitar agregar custos indiretos a aplicação deste *nudge* que reduzam o bem-estar social geral. Neste sentido, é importante que os arquitetos de escolha, estejam conscientes destes efeitos no embasamento da avaliação de custos e benefícios na escolha de estratégias regulatórias realizando um comparativo entre a arquitetura de escolha e outras estratégias mais tradicionais, como subsídios, impostos ou regulamentação de comando e controle (GHESLAA, 2020, p. 14).

Encerrando este estudo de caso e no mesmo sentido da sua conclusão, vale a transcrição do desfecho de Molly em seu artigo acerca da utilização da teoria comportamental na regulação do meio ambiente:

> Um crescente corpo de pesquisas dedicado ao comportamento humano e ao direito lança dúvidas sobre muitos pressupostos fundamentais da teoria legal e econômica tradicional. Isso não sugere que descartemos essas teorias, mas sim que as reavaliemos à luz de nossa crescente compreensão das tendências comportamentais dos seres humanos, especialmente no que diz respeito a heurísticas e vieses. É contraproducente apegar-se a um modelo de comportamento humano uma vez que se descobre que o modelo carece de validade preditiva. Se esperamos projetar leis e políticas eficientes e eficazes, devemos buscar não a parcimônia, mas a precisão (WILSON, 2005, p.259).

[Sumário]

Conclusão

O propósito central deste trabalho foi uma revisão de bibliográfica, notadamente da literatura estrangeira e de estudos interdisciplinares envolvendo psicologia e economia, com o objetivo de questionar se existem condições-limite para aplicação do *nudge* como estratégia de regulação social.

Na revisão efetuada, diversos estudos foram apresentados, evidenciando que o *nudge* não se revela tão eficaz como muitas vezes postulado por seus ideólogos. Em análises abrangentes de centenas de casos, sua eficácia foi classificada como variando de média a baixa. Além disso, destacou-se que a mudança de comportamento não é o único critério para a avaliação da eficácia de um *nudge*, visto que o verdadeiro objetivo da regulação social é promover o bem-estar social e não apenas alterar comportamentos.

A implementação do *nudge* como estratégia regulatória nos domínios sociais foi discutida, ressaltando suas limitações e condições específicas de eficácia. Neste sentido, foi concluído que é imprescindível levar em consideração as preferências dos públicos-alvo da regulação ao implementá-la, especialmente ao enfrentar questões sociais complexas. A ausência desse direcionamento deixa os decisores sujeitos a abordagens ad hoc ou baseadas em intuições pessoais, o que pode resultar em estímulos de baixa eficácia e até mesmo prejudicar a qualidade de vida dos indivíduos.

Além disso, no exame de caso feito com relação às possíveis consequências distribucionais do uso de um mesmo padrão para toda população, observou-se que substituir o comando e controle ou impostos sobre o uso de carbono pelo *nudge* apenas com base nos custos reduzidos dessa estratégia, seria uma abordagem ingênua. Mesmo em condições ideais para a eficácia do *nudge*, sua aplicação é limitada pelas preferências e disposições individuais. Portanto, em contextos em que há riscos significativos envolvidos, o *nudging* pode ser uma estratégia de regulação inadequada.

Vale ressaltar, entretanto, que este artigo não busca comparar a eficácia de diversas estratégias regulatórias dos domínios da regulação social e nem afirmar que regulações sociais baseadas em nudges são ruins, mas tão-somente destacar a necessidade de uma análise cuidadosa de custos e benefícios antes de sua adoção no intuito de mitigar sua ineficácia ou consequências sociais negativas.

[Sumário]

Referências

ALLCOTT, H., KESSLER, J.B., 2015. The welfare effects of nudges: a case study of energy use social comparisons. Working Paper 21671. National Bureau of Economic Research.

ANDOR, M. A.; FELS, K. M. Fels. Behavioral Economics and Energy Conservation - A Systematic Review of Non-price Interventions and Their Causal Effects, Ecological Economics 148: 178–210. 2018.

ANDRADE, Otavio Morato. NudgeRio: um caso de aplicação de Ciência Comportamental às Políticas Públicas. Revista Cadernos do Desenvolvimento Fluminense, 10 semestre, 2019, 16, Rio de Janeiro. 111-124.

BALDWIN, Robert; SCOTT, Colin; HOOD, Christopher. A Reader on Regulation. Oxford University Press, 1998.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. Introduction & Fundamentals. In: Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice. 2a ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BESHEARS J., CHOI J. J., LAIBSON D., MARIAN B. C., WANG S. Who is easier to nudge? Department of Economics, Harvard University. 2016.

BYERLY, H.; BALMFORD, A.; FERRARO, P. J., WAGNER, C. H. Nudging pro- environmental behavior: evidence and opportunities, Frontiers in Ecology and the Environment, 16(3): 159–68. 2018.

BRONCHETTI E. T., DEE T. S., HUFMAN D. B., MAGENHEIM E. (2013). When a nudge isn't enough: Defaults and saving among low-income tax filers. National Tax Journal, 66, 609–634.

DWORKIN, G. Paternalism: Some second thoughts. In: SARTORIUS, R. (Ed.). Paternalism. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983. 105-112.

FEITSMA, J. N. P. 'Rationalized incrementalism'. How behavior experts in government negotiate institutional logics. Critical Policy Studies, Vol 14, 156-173, publicado online, dezembro, 2018. Disponível em: https://doi.org/10.1080/19460171.2018.1557067.

FELLNER, G., SAUSGRUBER, R., TRAXLER, C., 2013. Testing enforcement strategies in the field: appeal, moral information, social information. J. Eur. Econ. Assoc. 11 (3), 634–660.

GHESLAA, C., GRIEDERB, M., SCHUBERTB, R. Nudging the Poor and the Rich – A Field Study on the Distributional Effects of Green Electricity Defaults. Energy Economics, Volume 86, 2020, Artigo 104616.

GOLDIN, Jacob. Which way to nudge? Uncovering preferences in the behavioral age. The Yale Law Journal, 125, 226–270. 2015.

[Sumário]

HAGMANN, D., HO, E. H. & LOEWENSTEIN, G. Nudging Out Support for a Carbon Tax. Nature Climate Change, vol. 9, 2019. 484–489. https://doi.org/10.1038/s41558-019-0474-0.

HIRSCHMAN, A. The Rhetoric of Reaction: Perversity, Futility, Jeopardy. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press. 1991.

HUMMEL, D.; MAEDCHE, A. How effective is nudging? A quantitative review on the effect sizes and limits of empirical nudging studies. Journal of Behavioral and Experimental Economics, 80: 47–58. 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO ECONÔMICA E DESENVOLVIMENTO. The OECD Report on Regulatory Reform (1997).

MERTENS, S., HERBERZ, M., HAHNEL, U. J. J., & BROSCH, T. The Effectiveness of Nudging: A Meta-Analysis of Choice Architecture Interventions Across Behavioral Domains. Proceedings of the National Academy of Sciences, Vol. 119, No. 1. January 5, 2022.

MOMSEN, K., STOERK, T. From intention to action: Can nudges help consumers to choose renewable energy? Energy Policy, 74, 2014, 376-382.

MORATO, O. Utilizando economia comportamental nas políticas públicas para aumentar a doação de órgãos. Revista Themis - ESMEC/TJCE. Fortaleza, 2020.

OECD, Behavioral Insights and Public Policy. Lessons from Around the World. Paris: OECD Publishing, 2017.

OECD, Tackling Environmental Problems with The Help of Behavioural Insights. OECD Publishing, Paris, 2017.

OECD, Behavioural Insights for Public Integrity: Harnessing the Human Factor to Counter Corruption, OECD Public Governance Reviews. OECD Publishing, Paris. 2018.

PERFETTO JUNIOR, Domingos José; GONÇALVES, Oksandro. A Regulação do Cigarro e os Viéses Comportamentais. RJLB, Ano 5 (2019), nº 5, 415-446.

PINHEIRO, Armando Castellar; PORTO, Antonio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia R. Pinheiro. Direito e Economia: diálogos. Rio de Janeiro: FGV, 2019.

PROSSER, Tony. Regulation and social solidarity. Journal of Law & Society. Vol. 33, No. 3, 2006. 364-387.

RIDDER, D., FEITSMA, D., VAN DEN HOVEN, J., KROESE, M., SCHILLEMANS, F., T., VERWEIJ, M., VENEMA, T., VUGTS, A., & VET, E. D. Simple nudges that are not so easy. Behavioural Public Policy, Cambridge University Press: Cambridge, 2020. 1-19. P.2.

RIDDER, D., KROESE, F., & VAN GESTEL, L. (2022). Nudgeability: Mapping Conditions of Susceptibility to Nudge Influence. Perspectives on Psychological Science, 17(2), 346-359.

[Sumário]

SANTOS, Luciana Rêgo dos; MATIAS, João Luís Nogueira. ALIMENTAÇÃO, SAÚDE E MEIO AMBIENTE: OS NUDGES COMO INSTRUMENTO PARA UMA ALIMENTAÇÃO SAUDÁVEL E SUSTENTÁVEL NO BRASIL. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 41 n. 1 (2021): jan/jun 2021. 111-135.

SCHÄFER, Hans-Bernd. OTT, Claus. The economic analysis of civil law. Edward Elgar Publishing Inc: Massachusetts, 2022.

SUSTEIN, Cass R. After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State,1993.

SUSTEIN, Cass. Nudging: A Very Short Guide. Journal of Institutional Studies, Vol.3, 2, 2017, 1023-1034.

SUSTEIN, Cass R. Nudges That Fail. Behavioural Public Policy, Volume 1, Issue 1, May 2017, 4-25. Published online by Cambridge University Press. Disponível em: https://doi.org/10.1017/bpp.2016.3

TAUBE, O.; VETTER, M. How green defaults promote environmentally friendly decisions: Attitude-conditional default acceptance but attitude-unconditional effects on actual choices. Journal of Applied Social Psychology, 49, 721–732. 2019.

THALER, Richard, H., SUSTEIN, Cass R. Libertarian Paternalism. American Economic Review, 93, 2003, (2): 175-179.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness. Michigan: Caravan. 2008.

THE UNITED NATIONS ORGANIZATION, Behavioural Insights at the United Nations: Achieving Agenda 2030. 2022.

THEOTOKIS, A.; MANGANARI, E. The impact of choice architecture on sustainable consumer behavior: The role of guilt. Journal of Business Ethics, 131, 423–437. 2015. Disponível em: https://doi.org/10.1007/s10551-014-2287-4

VENEMA A. G., KROESE F. M., BENJAMINS J. S., RIDDER D. T. D. When in doubt, follow the crowd? Responsiveness to social proof nudges in the absence of clear preferences. Frontiers in Psychology, 11, Article 1385, 2020.

WALKER, Patrick. Self-Defeating Regulation. International Zeitschrift 9: 31–37, 2013.

WEE, S.-C., CHOONG, W.-W., LOW, S.-T. Can “Nudging” Play a Role to Promote Pro-Environmental Behaviour? Environmental Challenges. Volume 5, dezembro de 2021, Article 10036.

VINGERHOEDS, M.H. An In-Store Experiment on the Effect of Accessibility on Sales of Wholegrain and White Bread in Supermarkets. PLoS One. 2016 Mar 24;11(3):e0151915.

[Sumário]

WILSON, Molly J. Walker. A Behavioral Critique of Command-and-Control Environmental Regulation. Fordham Envtl. L., Rev. 223, 2005.

WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. RDA - Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 264, p. 13-56, set/dez. 2013.

WORLD BANK (2015), Mind, Society and Behavior. Washington: World Bank Group.

[Sumário]

Artigo

Legitimidade Ativa das Pessoas Jurídicas de Direito Público para Propositura da Ação de Improbidade Administrativa – Entre Retrocessos e Acertos

Active Legitimacy of Legal Entities Public Law to Prosecute Administrative Improbity Action - Between Setbacks and Successes

Letícia Balsamão Amorim
Advogada da União lotada na Procuradoria da União da 6ª Região – PRU6
Secretária-Geral da Comissão da Advocacia Pública OAB/MG
Mestra em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ

[Sumário]

Legitimidade Ativa das Pessoas Jurídicas de Direito Público para Propositura da Ação de Improbidade Administrativa - Entre Retrocessos e Acertos

Active Legitimacy of Legal Entities Public Law to Prosecute Administrative Improbity Action - Between Setbacks and Successes

Resumo

A Constituição Federal de 1988 deu grande relevância ao combate à corrupção; e a Lei 8.429/1992 deu concretude à vontade do legislador constitucional. De fato, num Estado Democrático de Direito, a defesa do patrimônio público e da probidade administrativa deve ser garantida e não pode admitir restrições ou retrocessos. Assim, as instituições legitimadas a atuarem devem estar preparadas e, cada vez mais, aperfeiçoadas para combater o ato ímprobo resguardando a força normativa da Constituição. Veremos, neste breve estudo, quem são os atores legitimados a propor ações de improbidade, levando-se em consideração a legislação pertinente, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e, principalmente, a vontade da Constituição.

Palavras-chave

Defesa do patrimônio público e da probidade administrativa. Ação de Improbidade. Legitimados. Inconstitucionalidade da restrição.

Summary

The 1988 Federal Constitution gave great importance to the fight against corruption; and the Law 8.429/1992 gave concreteness to the will of the constitutional legislator. In fact, in a Democratic State of Law, the defense of public assets and administrative probity must be guaranteed and cannot allow restrictions or setbacks. Therefore, the institutions legitimized to act must be prepared and, increasingly, improved to combat the unlawful act, safeguarding the normative force of the Constitution. We will see, in this brief study, who are the actors legitimized to sue Administrative Improbity Actions, taking into account the relevant legislation, the decisions handed down by the Federal Supreme Court and, mainly, the will of the Constitution.

Keywords

Defense of public assets and administrative probity. Administrative Improbity Actions. Legal standing to sue. Unconstitutionality of the restriction.

[Sumário]

Introdução

O combate à corrupção tem sido, sem dúvida, uma das ações mais conclamadas pela sociedade brasileira. E todos os atores legitimados devem estar preparados, institucional e tecnicamente, para essa luta.

No ano de 2008, a Advocacia-Geral da União, AGU, passava por um momento de crise justamente no que tange à persecução de ilícitos praticados contra a administração pública e a recuperação de ativos ao erário federal.

Até então, a União, na maioria das demandas, ocupava o polo passivo. Raras eram as ações propostas pela AGU, muito mais pela falta de advogados destacados para atuação proativa do que por falta de legitimidade.

Em 2009, diante deste lastimável quadro, o Ministro Dias Toffoli, o então Advogado-Geral da União, instituiu o Departamento de Patrimônio e Probidade para que ações de ressarcimento aos cofres públicos da União fossem propostas para recuperar os prejuízos causados ao erário, sejam por gestores da própria União, sejam por gestores e entes privados.

Assim, naquele ano, foram destacados 110 Advogados da União de todas as Procuradorias da União para atuarem em Ações Civis Públicas, de Improbidade Administrativa e de execuções de julgados do Tribunal de Contas da União (TCU), para que fosse devolvido aos cofres da União todo dinheiro desviado por administradores, empresas e servidores.

Portanto, por meio da Portaria nº 15/2008/PGU/AGU, foi criado o Grupo Permanente de Atuação Proativa (também chamado de Grupo de Combate à Corrupção) e foram editadas portarias e ordens de serviços para regulamentar a atuação exclusiva de Advogados da União e Procuradores Federais para a atividade proativa judicial.

Nesta época, foram também celebrados diversos acordos de cooperação mútua entre órgãos para atuação conjunta e mais de 500 ações de improbidade foram propostas pela Advocacia-Geral da União só no ano de 2009.

Fato interessante e que vale relembrar é que, em 2010, as ações da chamada Operação Sanguessuga iriam prescrever. Assim, o Ministério Público Federal solicitou à AGU auxílio na atuação, informando que não tinha tempo nem gente para propor as inúmeras ações. Diante disso, a AGU constituiu uma força tarefa para que essas ações não prescrevessem e, assim, diversas ações civis públicas foram propostas com base nos relatórios da CGU e do TCU tendo por objeto os atos deflagrados pela Operação Sanguessuga.

[Sumário]

E, como reconhecimento de toda essa efetiva atuação, em 2011, a AGU recebeu o Prêmio Innovare pelo trabalho de destaque do Grupo Permanente de Atuação Proativa na recuperação judicial de valores desviados de instituições públicas em esquemas de corrupção. A AGU concorreu na categoria especial da VIII Edição do Prêmio, que contou com mais de 100 projetos inscritos e teve como tema "Justiça e Inclusão Social" e "Combate ao Crime Organizado".[1]

Assim, se em 2008 a AGU recuperava 1% dos valores desviados e malversados, em 2011 recuperou-se mais de 15% de créditos ao erário federal. Essa breve amostra, demonstra o impacto da eficiência na recuperação de ativos pela advocacia pública federal por meio da AGU.

Em referência a dados mais recentes, apenas no ano de 2021, foram recuperados 2,5 bilhões de reais em demandas relacionadas à cobrança de créditos não tributários da União, à probidade administrativa e a acordos de leniência, a demonstrar um trabalho contínuo para o aprimoramento desta atuação.[2]

Enfim, foi um começo impactante e entusiasmado. E é importante ressaltar que também foi um começo muito responsável. Foram normatizadas condutas para se evitar abusos na demanda (e esses princípios são firmemente adotados até hoje na instituição):

> A atuação do Advogado da União deve ser pautada pela consciência da sua função institucional, devendo zelar pela qualidade e pela eficiência do seu trabalho, bem como devendo evitar demandas temerárias, desproporcionais e infundadas.[3]

Portanto, mesmo sem ter as prerrogativas funcionais típicas dos magistrados e dos membros do Ministério Público, no âmbito da Advocacia-Geral da União formou-se um aguerrido grupo de advogados públicos, distribuídos por todos os cantos do Brasil, com legitimidade e responsabilidade, e mais importante, com ânimo e disposição para travar uma guerra no combate à corrupção.

Se é certo que é uma luta árdua e complexa, dúvidas não há de que a Advocacia Pública está disposta a enfrentá-la em prol não só da pessoa jurídica a qual defende, mas também e, consequentemente, em favor de toda sociedade. E certamente terá papel efetivo na luta pela

1 Fonte:https://www.conjur.com.br/2011-dez-15/projetos-melhoria-justica-sao-premiados-instituto-innovare/ https://www.anauni.org.br/advogados-da-uniao-recebem-o-premio-innovare/).

2 Disponível em https://www.gov.br/agu/ptbr/comunicacao/noticias/agu-viabiliza-recuperacao-de-r-2-5-bilhoes-auniao. Acesso em 23/9/2022).

3 Manual de Procedimentos de iniciativas Administrativas e Judiciais para a Atuação Proativa – PGU/AGU/2009.

[Sumário]

construção de um Brasil melhor.

Enfim, o tema aqui abordado mostrará, como já definido expressamente pelo Supremo Tribunal Federal, que além do Ministério Público, a pessoa jurídica de direito público tem legitimidade para atuar neste importante combate. Na verdade, não é apenas uma questão de legitimidade, mas sim de *dever* – dever constitucional de preservar o patrimônio público e a moralidade administrativa.

[Sumário]

Legitimidade Ativa para Propositura da Ação de Improbidade - Lei 8.429/1992 c/c ADI 7042 e ADI 7043

Como dito, pelo menos no âmbito federal, as pessoas jurídicas de direito público da administração direta e indireta estão se estruturando e se fortalecendo na atuação ao combate à corrupção.

Por meio da interpretação sistemática da Lei de Improbidade, juntamente com a Constituição Federal e também se valendo da interpretação teleológica para se buscar a finalidade da Lei 8.429/1992 e da própria carta magna, diversas ações foram propostas por advogados públicos em defesa do patrimônio e da moralidade pública.

No entanto, em 2021, a Lei 14.230, alterando a Lei 8.429/1992, veio como um balde de agua fria para embarreirar a atuação da advocacia pública na defesa da probidade administrativa conferindo, em seu art. 17, legitimidade exclusiva ao Ministério Público:

> Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)
>
> […]
>
> § 14 Sem prejuízo da citação dos réus, a pessoa jurídica interessada será intimada para, caso queira, intervir no processo. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) […]
>
> Art. 17-B. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados: (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021).

Assim, de acordo com essa alteração normativa, somente o Ministério Público poderia propor a ação de improbidade e a pessoa jurídica interessa poderia apenas intervir após intimada.

Com isso, não poderia mais a própria pessoa jurídica de direito público ter a iniciativa de propor a referida ação, ficando exclusivamente nas mãos do Ministério Público a legitimidade ativa inicial. Portanto, a pessoa jurídica de direito público ficaria à mercê da vontade e da iniciativa do *parquet*.

Diante da lamentável proposição normativa, a Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – ANAPE e a Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais – ANAFE, propuseram Ações Diretas de Inconstitucionalidade, ADI 7042 e ADI 7043, respectivamente, tendo por objeto os arts. 17, *caput* e §§ 14 e 20, e 17-B, da Lei 8.429/1992, alterados e incluídos pelo art. 2º da Lei 14.230/2021, e os arts. 3º e 4º, X, da referida Lei 14.230/2021.[4]

4 O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp
sob o código C023-716F-115B-2EC5 e senha 6AFB-3F8A-83F5-2EA1

[Sumário]

Uma das controvérsias levantadas nas ADIs era exatamente avaliar a constitucionalidade de modificações sofridas pela Lei de Improbidade Administrativa que, operadas pela Lei 14.230/2021, restringiam a legitimidade para a propositura da ação de improbidade e para a celebração de acordo de não persecução cível apenas ao Ministério Público.

Argumentaram as requerentes que a subtração da legitimidade dos entes públicos para ajuizar ação de improbidade administrativa: (a) representaria uma injustificável afronta à autonomia da Advocacia Pública, na medida em que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios se colocariam à mercê da atuação do Ministério Público, sendo transformados em meros coadjuvantes no combate à improbidade administrativa, e (b) caracterizaria um grave obstáculo ao exercício do poder-dever da União, Estados, Distrito Federal e Municípios de zelar pela guarda da Constituição e conservar o patrimônio público, que abarca, em seu sentido amplo, a reserva moral e ética da Administração Pública brasileira, o que acarretaria um grande retrocesso no combate à corrupção.

Da mesma forma, defenderam que a determinação de que os acordos de não persecução civil sejam exclusivos do Ministério Público configuraria outro equívoco, uma vez que o ente público, como vítima do crime praticado, é quem pode mensurar os prejuízos causados e deve ter participação direta nas negociações dos acordos de persecução cível.

A Câmara dos Deputados contrapôs-se à inconstitucionalidade afirmando que “a atuação do Ministério Público, como instituição permanente e integrada à República Federativa do Brasil, volta-se para o interesse maior, qual seja, o interesse público”, concluindo que “tanto a opção pela legitimação concorrente quanto pela legitimação privativa são caminhos igualmente válidos, atuais, e permitidos pela norma constitucional”.

E Senado Federal suscitou, em síntese, que os dispositivos impugnados “constituem opção legislativa legítima dentro do espaço de conformação dado ao legislador”.

Em agosto de 2022, o Plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu julgamento criterioso, com larga e profunda fundamentação.

Por oito votos a três, os ministros do Supremo Tribunal Federal mantiveram a legitimidade das pessoas jurídicas de direito público afetadas por atos de improbidade administrativa para ajuizar este tipo de ação.

[Sumário]

O Relator, Ministro Alexandre de Morais, iniciou seu voto se valendo da *mens legislatoris* rememorando a preocupação do legislador constituinte quanto ao combate à corrupção:

> O aperfeiçoamento do combate à corrupção no serviço público foi uma grande preocupação do legislador constituinte, ao estabelecer, no art. 37 da Constituição Federal, verdadeiros códigos de conduta à Administração Pública e aos seus agentes, prevendo, inclusive, pela primeira vez no texto constitucional, a possibilidade de responsabilização e aplicação de graves sanções pela prática de atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CF).[5]

De fato, como bem apontado pelo Ministro Relator, essa inovação constitucional de 1988 em prever tratamentos sancionatórios diferenciados entre os atos ilícitos em geral e os atos de improbidade administrativa, decorreu da necessidade de se punir mais severamente a ilegalidade qualificada, ou seja, a Constituição comandou ao Congresso Nacional a edição de lei que não punisse a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público voltada para a corrupção, e de todo aquele que o auxilie, no intuito de prevenir a lesão ao Estado e evitar o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e pela ineficiência.

> A Constituição Federal, portanto, pretendeu punir mais severamente o agente público corrupto, que se utiliza do cargo ou de funções públicas para enriquecer ou causar prejuízo ao erário, desrespeitando a legalidade e moralidade administrativa, mas, para tanto, exigiu a tipificação legal das condutas denominadas atos de improbidade e geradoras das graves sanções previstas no § 4º do art. 37, de maneira a possibilitar a ampla defesa e o contraditório. Coube à Lei 8.429/1992 regulamentar os comandos constantes do art. 37, § 4º, da Constituição Federal. (...)
>
> Não há nenhuma dúvida de que a Lei de Improbidade Administrativa, de 2 de junho de 1992, representou uma das maiores conquistas do povo brasileiro no combate à corrupção e à má gestão dos recursos públicos.
>
> Os benefícios da LIA são inegáveis e imensuráveis, cabendo todas as homenagens aos que a idealizaram e a colocaram em prática nesses últimos 30 anos.[6]

O Ministro Relator reconheceu que a Lei 8.429/1992, em sua redação original, estabeleceu a legitimação concorrente entre o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada (art. 17, da Lei 8.429/1992).

Teceu seu raciocínio enfatizando que, embora a legitimação ativa para a ação penal pública seja privativa do Ministério Público (CF, art. 129, I), segundo o legislador constituinte, na área cível, a titularidade é concorrente, podendo outros sujeitos legitimamente ativos assumir o jus postulandi" (CF, art. 129, §1º)

---

5 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 7042 E 7043. Órgão julgador: Tribunal Pleno STF. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES. Julgamento: 31/08/2022. Publicação: 28/02/2023.

6 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 7042 E 7043. Ref. 5.

[Sumário]

Portanto, se é certo que em matéria penal tem o Ministério Público privatividade na promoção da ação penal pública; na área cível, o próprio constituinte vedou que o Ministério Público detivesse legitimação exclusiva para as ações cíveis das quais cuida o art. 129 da CF. Nesses casos, a Constituição Federal determinou que sua legitimação será concorrente e disjuntiva com outros legitimados.

Assim, a redação constitucional revela um comando impeditivo à previsão de exclusividade por parte do Ministério Público nas ações civis por ato de improbidade administrativa, impondo a necessidade de alguma espécie de concorrência de atuação.

Deste modo, o Ministro Relator concluiu que a lógica dicotômica da classificação "ação penal" (privativa do Ministério Público) e "ação civil" (não privativa do Ministério Público), a partir da qual o constituinte edificou o art. 129 da Constituição Federal, é claríssima, e não pode simplesmente ser desconsiderada no pretendido aperfeiçoamento da legislação infraconstitucional atinente ao combate à improbidade administrativa.

De fato, como se pode depreender do texto constitucional, em matéria penal, o Ministério Público é o titular privativo e o legitimado ordinário para a propositura da ação penal pública. De outra parte, no âmbito extrapenal, detém a legitimação extraordinária, até mesmo porque lhe é vedado representar judicialmente o Estado, esse, sim, vítima direta do ato de improbidade e legitimado ordinário para a persecução judicial do ilícito.

Logo, do texto constitucional se depreende que a exclusividade do Ministério Público para o ajuizamento de ações restringe-se às ações penais e, expressamente, o §1º do artigo 129 consigna a pluralidade de legitimados. Assim, no âmbito das ações de improbidade, há espaço para que o legislador defina quais são os demais atores legitimados a atuarem, mas não há espaço para restringir exclusivamente a legitimidade ativa ao Ministério Público.

Como dito, a Constituição previu que, na defesa do patrimônio público dos interesses difusos e coletivos, o Ministério Público não detém legitimidade ordinária, mas apenas extraordinária, pois lhe é vedado representar a Administração Pública; e que a Advocacia Pública é quem detém a competência constitucional para representar judicial e extrajudicialmente o Estado Administração.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral, já havia fixado as seguintes teses: Tema RG nº 642: "O Município prejudicado é o legitimado para a execução de crédito decorrente de multa aplicada por Tribunal de Contas estadual a agente público municipal, em razão de danos causados ao erário municipal". Tema RG nº 768: "Somente o ente público beneficiário possui legitimidade ativa para a propositura de ação executiva decorrente de condenação patrimonial imposta por Tribunais de Contas (CF, art. 71, § 3º) ".

[Sumário]

Portanto, não há como afastar da advocacia pública o dever de, na representação da administração, dar concretude à competência constitucional prevista no art. 23, inc. I à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. E para essa atuação constitucional é conferido aos entes federados a adoção dos meios jurisdicionais necessários – através de instrumento de tutela adequada – para zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público.

Ora, a supressão da legitimidade ativa das pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa representaria uma grave e inconstitucional limitação ao amplo acesso à jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), com ferimento ao princípio da eficiência (CF, art. 37, caput) e significativo retrocesso quanto ao imperativo constitucional de combate à improbidade administrativa, e, no limite, um injustificável obstáculo ao exercício de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para "zelar pela guarda da Constituição" e "conservar o patrimônio público" (CF, art. 23, I.)

De fato, como bem aponta José Afonso da Silva (2014, p. 618), a Advocacia Pública, no Estado Democrático de Direito, assume o poder-dever de defender a "moralidade pública, que se tornou um valor autônomo constitucionalmente garantido":

> A Advocacia Pública assume, no Estado Democrático de Direito, mais do que uma função jurídica de defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública, mais até mesmo do que a defesa do princípio da legalidade, porque lhe incumbe igualmente, e veementemente, a defesa da moralidade pública, que se tornou um valor autônomo constitucionalmente garantido. Não é que essa defesa lhe escapasse antes do regime constitucional vigente. Mas, então, o princípio da moralidade tinha uma dimensão estritamente administrativa, quase como simples dimensão da legalidade, ligada aos problemas dos desvios de finalidade. Agora não, porque a Constituição lhe concedeu um sentido próprio e extensivo, e abrangente da ética pública. (Silva, 2014, p. 618)

O combate à corrupção, à ilegalidade e à imoralidade no seio do Poder Público, deve ser prioridade absoluta no âmbito de todos os atores constitucionalmente institucionalizados, o que inclui, necessariamente, os órgãos e os entes diretamente atingidos pela conduta desviante do padrão constitucional de moralidade e, por consequência, dos agentes constitucionalmente incumbidos da sua representação.

E, pelo menos no âmbito federal, que deve servir de modelo para as demais esferas, a administração pública é plenamente capaz de defender judicialmente a coisa pública sob sua gestão com lealdade e boa-fé processuais.

Interessante apontar que, de acordo com a manifestação nos autos das ADI 7042 e 7043, o próprio Ministério Público concordou que não deve deter a exclusividade ativa para propositura de ação de improbidade. E, diferentemente de diversas ações em que há a intervenção do Parquet, nestas ADIs não houve nenhum pedido de ingresso como amicus curiae por parte das Procuradorias-Gerais defendendo a exclusividade do parquet no combate à improbidade administrativa.

[Sumário]

Isto demonstra uma maturidade institucional do Ministério Público que poderia defender a legitimidade privativa para resguardar um poder de ação exclusivo. No entanto, adotou postura condizente com sua envergadura institucional, manifestando que, conforme a vontade normativa constitucional, não é o único legitimado a propor ação de improbidade.

De fato, além de atribuir à Advocacia Pública o poder de representar judicialmente o ente público, a Constituição foi além e, no art. 129, inc. IX, vedou expressamente ao Ministério Público exercer esse tipo de representação.

Por fim, vale mencionar que o argumento firmado para alteração legislativa do art. 17 da Lei 8.429/1992 tinha por fundamento a necessidade de evitar o uso abusivo da ação de improbidade em lutas políticas entre grupos adversários.

O legislador ordinário, por meio da Lei 14.230/2021, ao adotar a exclusividade do Ministério Público para propor a ação de improbidade, considerou a realidade política de embates entre adversários políticos e o uso abusivo do direito de demandar, ou seja, restringiu a legitimidade, excluindo as pessoas de direito público, em face de uma lamentável realidade política e abusiva.

Assim, ao invés de buscar "corrigir" a realidade, aperfeiçoando os instrumentos e preparando melhor os agentes, preferiu restringir o direito ao acesso à justiça e afrontar a Constituição.

Ora, como ressalta Konrad Hesse (1991, p. 13), a Constituição não significa apenas um "pedaço de papel", sendo que em caso de eventual confronto com a realidade, deve ser assegurada a sua força normativa. Sem desprezar os fatores políticos e sociais, há de se perquirir e dar alcance à "vontade da constituição" a fim de preservar a sua força normativa.

> A constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social (Hesse, 1991, p. 13).

Assim, como bem pontuado por Konrad Hesse (1991, p. 13), a finalidade de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma situação da realidade política.

> A constituição não está desvinculada da realidade histórica concreto do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (realizierbare Voraussetzungen) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição (Hesse, 1991, p. 13).

Portanto, se há abusos e irregularidades no uso da ação de improbidade na atual realidade política e social brasileira, principalmente em nível municipal, tais questões devem ser consideradas pelo Juízo pontualmente no caso concreto.

[Sumário]

Assim, é importante destacar que caberá ao Estado-juiz, sujeito processual equidistante e imparcial, extinguir as demandas temerárias que desvirtuem a razão de ser do sistema normativo sancionador da improbidade administrativa, inclusive punindo abusos que ocorrerem na atuação ativa.

Veja-se que, conforme §6º-B, do art. 17, da Lei 8.429/92 (incluído pela Lei 14.230/2021), a petição inicial será rejeitada nos casos do art. 330 do CPC, bem como quando não preenchidos os requisitos a que se referem os incisos I e II do § 6º do artigo 17, ou ainda quando manifestamente inexistente o ato de improbidade imputado. Portanto, o juiz deve julgar extinto o processo se verificar que a parte autora está utilizando a via judicial para fins ilícitos ou fins não delimitados pela Lei.

E ainda, a própria lei contém mecanismo de controle das ações temerárias, consistindo em crime a representação por ato de improbidade quando se saiba ser inocente o agente (artigo 19 da Lei 8.429/92).

Enfim, eventuais excessos devem ser rigorosamente punidos. Então, é importante, para evitar esses abusos, que o Judiciário fique sempre atento e que haja a responsabilização daquele que abusou do direito de demandar.

Caberá ao juiz verificar se as partes estão se valendo do processo para fins simulados, e deverá o juiz ter a cautela necessária para evitar que a propositura da ação seja resultado de retaliações e perseguições políticas.

Concluindo, apesar da alteração da Lei 8.429/92 pela Lei 14.230/2021 que previu a exclusividade do Ministério Público para propor ação de improbidade, o Supremo Tribunal Federal, por meio das ADIs 7042 e 7043, manteve a legitimidade ativa da pessoa jurídica de Direito Público. O STF declarou a inconstitucionalidade parcial, com interpretação conforme sem redução de texto, do caput e dos §§ 6º-A e 10-C do art. 17, assim como do caput e dos §§ 5º e 7º do art. 17-B, da Lei 8.429/1992, na redação dada pela Lei 14.230/2021, de modo a restabelecer a legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil.

Nossa Corte Suprema entendeu que há vedação à previsão de legitimidade exclusiva do Ministério Público para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 129, §1º da Constituição Federal e, consequentemente, para oferecimento do acordo de não persecução civil.

[Sumário]

Assim, evidenciou-se que a supressão da legitimidade ativa das pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade representa uma inconstitucional limitação ao amplo acesso à jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) e a defesa do patrimônio público, com ferimento ao princípio da eficiência (CF, art. 37, caput) e significativo retrocesso quanto ao imperativo constitucional de combate à improbidade administrativa

Enfim, não restam dúvidas de que, não apenas o Ministério Público, mas também e, principalmente, as pessoas jurídicas de direito público estão legitimadas a agir no combate a condutas ímprobas que tenham repercutido efetivamente em seu patrimônio, material ou moralmente considerados.

[Sumário]

Legitimidade para Celebração de Acordo de não Persecução Civil

Como é cediço, a redação originária do §1° do art. 17 da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) vedava expressamente qualquer “transação, acordo ou conciliação” nas ações de improbidade administrativa.

Entretanto, no atual modelo do Direito Administrativo tem proliferado iniciativas que buscam torná-lo mais “sistêmico, flexível e democrático”. Isto é, busca-se valorizar a justiça material e a finalidade dos atos administrativos em contraste com posturas rígidas, burocráticas, formais, autoritárias, unilaterais e morosas da administração pública.

Não por acaso, visualiza-se uma maior inclusão dos meios de negociação no Direito Administrativo de modo concomitante à tendência de expandir o Direito Administrativo sancionador como via de prevenção e repressão a comportamentos lesivos - fenômeno cada vez mais visível na seara da improbidade administrativa.

Como reflexo dessa expansão do Direito Administrativo sancionador e do crescente uso de mecanismos consensuais, o advento da Lei 13.964/2019 alterou a referida redação originária do §1°, do art. 17, da Lei 8.429/1992, passando a admitir expressamente “a celebração de acordo de não persecução civil” nas ações de improbidade.

Desse modo, a ação por improbidade administrativa e os acordos de não persecução civil (ACPC) poderiam ser propostos tanto pelo Ministério Público, quanto pela pessoa jurídica interessada.

Ocorre que, conforme visto, a Lei 14.230/2021 conferiu nova redação ao art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, prevendo que o Ministério Público seria o único legitimado ativo para propositura de ações por improbidade administrativa e para celebração de acordo de não persecução civil.

Assim, a última alteração legislativa também previu que a celebração do acordo de não persecução civil era exclusiva do Ministério Público, nos termos do art. 17-B.

Mas, assentada a inconstitucionalidade da alteração legislativa que excluiu a legitimidade ativa do ente lesado para propor ação de improbidade administrativa em defesa de seu próprio patrimônio (art. 2°, da Lei 14.230/2021), é consectário lógico o reconhecimento também da inconstitucionalidade do arts. 3° e 4° da mesma legislação devido à sua relação de interdependência normativa.

Vale dizer: se a Fazenda Pública cujo patrimônio foi lesado é legitimada para propor ação de improbidade, também o é para celebrar acordos de não persecução civil no âmbito da improbidade administrativa.

[Sumário]

Ora, compreende-se que o acordo de não persecução civil corresponde, justamente, à possibilidade de resolução da controvérsia de modo a evitar o ajuizamento da ação de improbidade, favorecendo o exercício da função preventiva e reparadora do erário de forma mais célere, de modo a encerrar a demanda seja na fase de conhecimento ou no curso do cumprimento de sentença.

Portanto, este instrumento guarda com a ação de improbidade uma relação de conexão inegável, razão pela qual o ente federado, constitucionalmente competente para o ajuizamento dessa espécie de ação, não pode ser excluído da possibilidade de celebração desses acordos.

Assim, pelos mesmos motivos acima elencados, também nas ADIs 7042 e 7043, foi declarada a inconstitucionalidade da previsão contida no artigo 17-B da Lei 8.429/92, na redação conferida pela Lei 14.230/2021, que restringia a possibilidade de firmar acordos de não persecução civil ao Ministério Público, excluindo os entes federados, que antes eram legitimados para atuar na hipótese.

Conclui-se, portanto que, ao ser declarada a inconstitucionalidade do art. 17-B da Lei 14.230/2021, tanto o Ministério Público quanto a pessoa jurídica de direito público interessada estão legitimados a celebrar o acordo de não persecução civil.

[Sumário]

Natureza Jurídica da Legitimidade do Ajuizamento das Ações de Improbidade

É relevante reconhecer que a legitimidade constitucional do Ministério Público para a ação de improbidade administrativa e a legitimidade igualmente constitucional das pessoas jurídicas lesadas para a mesma ação possuem naturezas específicas diversas, razão pela qual encontram justificativa constitucional em dispositivos também diversos: aquela, ancorada no art. 129, III, da CF, é extraordinária; esta, decorrente dos arts. 5º, XXXV e 23, I, da CF, é ordinária.

A natureza extraordinária da legitimidade do Ministério Público decorre, inclusive, da proibição constitucional expressa de que o Ministério Público exerça a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (CF, art. 129, IX).

Por outro lado, a legitimidade da pessoa jurídica interessada é, por excelência, ordinária, já que atua na defesa de seu próprio patrimônio público, que, compreendido em seu sentido amplo, abarca a reserva moral e ética da Administração Pública.

O art. 18 do Código de Processo Civil de 2015 diferencia a legitimidade em duas modalidades: (i) a legitimidade ordinária e (ii) a legitimidade extraordinária.

A legitimidade ordinária decorre da coincidência entre a posição dos sujeitos da relação jurídica de direito material e da relação jurídica de direito processual – de modo que, em regra, “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio” (artigo 18, CPC/2015). Entretanto, a parte final do mesmo art. 18, do CPC/2015, estabelece as hipóteses excepcionais de legitimação extraordinária, nas quais “confere-se a alguém o poder de conduzir processo que versa sobre direito do qual não é titular ou do qual não é titular exclusivo”, quando o próprio ordenamento jurídico assim o autorizar.

Resta claro que são absolutamente distintos os fundamentos constitucionais que legitimam a propositura de ações de improbidade administrativa por parte do Ministério Público e, de outro lado, as ações propostas pelas pessoas jurídicas interessadas.

Em verdade, o Supremo Tribunal Federal assentou seu posicionamento de que o art. 129 da Constituição Federal confere legitimidade extraordinária ao *Parquet* para cumprir suas funções institucionais de proteção do patrimônio público, hipótese na qual “age como substituto processual de toda a coletividade e, consequentemente, na defesa de autêntico interesse difuso”. (RE 208.790, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ de 15.12.2000).

Diferentemente, ao propor ação de improbidade administrativa, a pessoa jurídica interessada ostenta legitimidade ordinária - mercê de estar defendendo em juízo a integridade de seu patrimônio lesado e a incolumidade de seu próprio erário prejudicado. Trata-se de vítima do ato de improbidade. Nesta hipótese, não há qualquer pedido de tutela judicial para resguardar direito alheio. Pelo contrário, ao ajuizarem ações de improbidade, as pessoas jurídicas interessadas apenas estão exercendo regularmente o seu direito fundamental de acesso à justiça diante do que entendem ser uma violação ou ameaça de violação aos seus direitos subjetivos e ao dever constitucional de conservação de seu próprio patrimônio público (art. 23, inciso I, CF/88).

[Sumário]

Desse modo, restringir a legitimidade ativa dos entes públicos para propor ações de improbidade seria obstar sua prerrogativa constitucional de acessar o Poder Judiciário para pleitear a tutela de seus direitos, em total afronta ao art. 5º, XXXV, CF/88.

O Supremo Tribunal Federal, desde muito, define que a propositura da ação de improbidade administrativa por parte do Ministério Público "não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio", hipótese na qual o parquet "intervirá como fiscal da lei". (RE 208.790, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ de 15.12.2000).

Veja-se que, como já anotado, a parte final do artigo 129, inciso IX, da CF/88 veda expressamente que os membros do Ministério Público exerçam "a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas".

Ao revés, os arts. 131 e 132 da Constituição Federal expressamente destinam essas atividades e atribuições à Advocacia-Geral da União e às Procuradorias Estaduais e Distritais em seus respectivos âmbitos.

Em relação à legitimidade da pessoa jurídica de direito público frente à atuação do Ministério Público, diz-se que ocorre de forma *concorrente e disjuntiva*. Concorrente porque a titularidade caberia a qualquer um deles, e disjuntiva porque cada um dos legitimados pode promover a ação de conhecimento independentemente da participação do outro, de sorte que não se impõe um litisconsórcio ativo necessário.[7]

No entanto, sendo proposta a ação de improbidade apenas pelo Ministério Público, é necessária a notificação da pessoa jurídica de direito público para manifestar seu interesse em intervir no feito.

Em verdade, nada impede, até se recomenda, a formação de um litisconsórcio ativo facultativo com a propositura da ação em conjunto pela pessoa jurídica de direito público e o Ministério Público.

7 PROCURADORIA-GERAL DA UNIÃO. Manual de Procedimentos de Iniciativas Administrativas e Judiciais para a Atuação Proativa – PGU/AGU/2009.

[Sumário]

Legitimidade para Execução de Sentença Condenatória por Ato de Improbidade

Outro aspecto relevante a ser tratado é quanto à legitimidade para executar sentença proferida em ação de improbidade.

Diversas sanções estão previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92, mas quanto ao ressarcimento ao erário, a execução é precípua da pessoa jurídica de direito público que sofreu o dano.

Conforme art. 18, a sentença que julgar procedente a ação fundada nos arts. 9º e 10 condenará ao ressarcimento dos danos e à perda ou à reversão dos bens e valores ilicitamente adquiridos, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

Assim, nos casos de danos decorrentes de ato de improbidade, o patrimônio lesado é da pessoa jurídica de direito público, logo, a restituição deve ser feita ao patrimônio da pessoa lesada e não a um fundo difuso ou coletivo (como previsto na lei de ação civil pública).

Verifica-se, portanto, que a Lei 8.429/92 – fundamento jurídico material da ação de improbidade – em lugar de "fundo", coloca a pessoa pública lesada como beneficiária dos bens e valores obtidos no caso de condenação ao ressarcimento.

Assim, é importante que, tendo sido proposta a ação de improbidade pelo Ministério Público, a pessoa jurídica de direito público seja intimada para intervir e, por fim, execute a sentença em caso de condenação ao ressarcimento, afinal, ela é a detentora do bem jurídico e para seus cofres que serão direcionados os valores.

Na famosa distinção de Renato Alessi sobre interesse público, a condenação pecuniária imposta na sentença em ação de improbidade caracteriza, sem dúvida alguma, interesse público secundário, afinal é perfeitamente individualizada à pessoa jurídica. E a tutela deste interesse é atribuição dos procuradores das entidades federadas (artigos 131 e 132 da Constituição Federal).

E, como já destacado, a parte final do art. 129, IX, da Constituição Federal, expressamente proíbe a defesa e a consultoria de entes públicos por parte de membros do *Parquet*. Assim, cabe à pessoa jurídica de direito público o cumprimento da sentença em caso de condenação ao ressarcimento.

No entanto, o §2º do art. 18 da Lei de Improbidade incluído pela Lei 14230/2021, prescreve que, caso a pessoa jurídica prejudicada não adote as providências para a liquidação da sentença no prazo de 6 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da sentença de procedência da ação, caberá ao Ministério Público proceder à respectiva liquidação do dano e ao cumprimento da sentença referente ao ressarcimento do patrimônio público ou à perda ou à reversão dos bens, sem prejuízo de eventual responsabilização pela omissão verificada.

[Sumário]

Mais uma vez, ressalta-se que o que é decisivo nesta questão é que o resultado financeiro/patrimonial, apurado na execução da sentença, pertence à pessoa jurídica de direito público eventualmente lesada, logo, cabe a esta, a sua apropriação e, precipuamente, promover o cumprimento da sentença.

[Sumário]

Conclusão

Chega-se à inequívoca conclusão que a supressão da legitimidade ativa das pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade representa uma inconstitucional limitação ao amplo acesso à justiça e à defesa do patrimônio público, e significativo retrocesso quanto ao imperativo constitucional de combate à improbidade administrativa

Enfim, não restam dúvidas de que, não apenas o Ministério Público, mas também e, principalmente, as pessoas jurídicas de direito público estão legitimadas a agir no combate a condutas ímprobas que tenham repercutido efetivamente em seu patrimônio, material ou moralmente considerados.

Assim, a pessoa jurídica de direito público, direta ou indireta, ao lado do Ministério Público, de forma concorrente e disjuntiva, tem legitimidade para propor a ação de improbidade e também celebrar acordo de não persecução civil. Na verdade, não é apenas uma questão de legitimação, mas sim de dever - dever de preservar o patrimônio público e a moralidade administrativa.

Ora, em verdade, não importa quem propôs a ação de improbidade, se o Ministério Público ou a pessoa jurídica de direito público interessada, pois o que interessa é o combate ao ato lesivo. Mas como visto, a atual Constituição Federal deu posição proeminente à Advocacia Pública, até porque, como visto, sua legitimidade é ordinária e a execução pecuniária da sentença condenatória cabe precipuamente a esse órgão, afinal, o ressarcimento dos danos deverá ser feito em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

Por fim, é de se dizer que o combate à improbidade é tema de suprema importância, razão pela qual, deve-se sempre avançar e aprimorar as ferramentas normativas e as instituições legitimadas para essa árdua luta, não podendo, em hipótese alguma, haver retrocesso nessa matéria, o que configuraria grande afronto à força normativa da Constituição.

[Sumário]

Referências

AMORIM, Letícia Balsamão. O princípio do estado de Direito à luz do pós-positivismo. Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, v. 13, p. 91-112, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANETTI, Rafaela Coutinho. Acordo de Leniência: fundamentos do instituto e problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CANOTILLO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3ª. Ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CASTRO, Aldemário Araújo. A advocacia pública como instrumento do Estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da administração pública. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1630, dez. 2007. Disponível em htpp://jus2.uol.com.br/doutrina/texo.asp?id=10772. Acesso em 01 de fev. 2010.

CHINELATO, João Marcelo Torres. Lei d e improbidade administrativa: a atuação da advocacia pública no combate à corrupção. Revista da Escola da AGU, n. 7, agosto 2005, p 95/97.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,2000.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A fazenda pública em juízo. 2ª. Ed. São Paulo: Dialética, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Inadmissibilidade da ação civil pública e ilegitimidade do Ministério Público, fundamentos do processo civil moderno. 3a ed, Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2000.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. In: Oliveira, Carlos Alberto Alvaro de (org.). Saneamento do Processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Fabris, 1989, pp. 15-57.

FANCHIN, Reginaldo. MP não pode executar condenação por ato de improbidade, Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná – n. 1 – Jan/Jul 2008, p. 107/112.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa, 4ª. Edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARCIA, Emerson. Sujeitos dos atos de improbidade: reflexões. Disponível no sítio: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6912&p=3. Elaborado em 08.2004, acesso em 26/04/2010.

[Sumário]

HESSE, KONRAD. A força normativa da constituição. Porto Alegre: SafE, 1991.

LENZA, Pedro. Teoria geral da ação civil pública. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Probidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa, aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. São Paulo: Atlas, 1996.

PAZZAGLINI, Marino. Lei de improbidade administrativa comentada. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. Improbidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA. José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito processual público – a fazenda pública em juízo. São Paulo: Malheiros, 2003.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Improbidade administrativa – questões atuais e polêmicas, 2ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

[Sumário]

Artigo

Os Filhos Separados pela Hanseníase no Brasil e o Novo Reconhecimento de Crime de Estado

Children Separated By Leprosy In Brazil And The New Recognition Of A Crime By The State

Thiago Pereira da Silva Flores
Doutor e Mestre em Ciências Sociais PUC Minas Brasil
Advogado e Professor das Faculdades ISEIB/FISBH
Diretor Jurídico do Movimento de Reintegração das Pessoas Atingidas pela Hanseníase – MORHAN
Conselheiro Nacional de Direitos Humanos - CNDH

[Sumário]

Os Filhos Separados pela Hanseníase no Brasil e o Novo Reconhecimento de Crime de Estado

Children Separated By Leprosy In Brazil And The New Recognition Of A Crime By The State

Resumo

No Brasil, em cumprimento à Lei Federal nº 610, de 1949, foi desenvolvido, até o ano de 1986, a política pública de saúde que promovia o isolamento compulsório para pessoas acometidas pela hanseníase e a separação de seus filhos. Dezenas de instituições para isolamento de doentes e separação de filhos foram construídas pelo país, formando uma considerável rede de exclusão nos estados brasileiros. O texto que ora apresentamos é fruto de pesquisa realizada para a tese doutoral, defendida em 2022 no Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da PUC Minas. As políticas sanitárias analisadas, resultam em consequências danosas na vida dessas pessoas ainda na atualidade. Neste contexto, em 24 novembro de 2023, a Lei 14.736/2023, emendou a Lei 11.520/2007, autorizando o poder executivo federal a conceder pensão especial, mensal, vitalícia e intransferível, aos filhos que foram separados dos genitores em razão do isolamento ou da internação destes. Para compreensão do tema, apresentaremos neste artigo, duas unidades de análise responsáveis em promover esses isolamentos. Desenvolvemos uma leitura analítica das políticas de saúde pública e apresentaremos as legislações responsáveis pelo isolamento compulsório. Finalizamos destacando processos judiciais e as legislações, que reconheceram a política pública de separação de filhos, passível de reparação indenizatória.

Palavras-chave: Filhos Separados. Hanseníase. Violação de Direitos. Indenização.

Abstract

In Brazil, in compliance with Federal Law No. 610 of 1949, until 1986, a public health policy that promoted compulsory isolation for people affected by leprosy and separation from their children was developed. Dozens of institutions for isolating patients and separating children were built across the country, forming a considerable network in Brazilian states. The text we expose here is the result of a research carried out for the doctoral thesis presented in 2022 in the Postgraduate Program of Social Sciences at PUC Minas. That health policy resulted in harmful consequences in the lives of these people even today. In this context, on November 24, 2023, Law 14,736/2023, amended Law 11,520/2007, authorizing the federal executive power to grant a special, monthly, lifelong and non-transferable pension to children who were separated from their parents due to isolation or of their hospitalization. To understand the topic, we will offer in this article two units of analysis responsible for promoting these isolations. We developed an analytical reading of public health policies, and will present the legislation responsible for compulsory isolation. We conclude by highlighting legal processes and legislation, which recognized the public policy of separating children, subject to compensatory damages.

Keywords: Separated Children. Leprosy. Violation of Rights. Indemnity. Compensation. Restitution.

[Sumário]

Introdução

No Brasil, a partir da década de 1930, a segregação das pessoas acometidas pela “lepra”, nome substituído por hanseníase, ganhou visibilidade sendo editados diversos atos normativos referentes ao controle da doença que promoviam a exclusão das pessoas diagnosticadas. Em 1941, institui-se o Serviço Nacional da Lepra e, com a conclusão da rede asilar do país, o isolamento forçado foi sendo aprimorado. A Lei nº 610/1949 que regulamentava a política pública em âmbito federal, intensificou a política de segregação dos doentes e a separação de seus filhos. Os “doentes” foram confinados em “leprosários” sanatórios, colônias, e seus filhos ao nascerem, eram imediatamente separados em cumprimento à Lei Federal nº 610, de 1949. Os filhos, ainda que “sadios”, eram encaminhados para as pupileiras, creches e educandários, onde passaram a viver sob os cuidados dos gestores públicos e religiosas e, com efeito, romperam os vínculos sociais e familiares.

Esse artigo propõe discutir a questão social da hanseníase, as políticas públicas para o controle da enfermidade e as consequências psicológicas, sociais, familiares morais e legais para os que se tornaram vítimas das manobras políticas relacionadas ao fenômeno hanseníase, com ênfase na questão dos filhos que foram separados. Ele será dividido em três etapas. Na primeira serão apresentadas as unidades de análise Colônia Santa Isabel e Pupileira Eunice Weaver. Na segunda será feito uma leitura analítica das políticas de saúde pública e legislações que promoviam o isolamento compulsório à época, ilustrando ao longo do texto, experiências relatadas por quem passou pelas instituições e suas consequências psicossocial para os filhos que sofreram a separação. Na terceira parte serão destacadas as legislações atuais e processo judicial de caráter indenizatório na esfera judicial, que reconheceu as violação dos direitos desse grupo de pessoas e reconheceram a política pública como errônea.

O texto que ora apresentamos é fruto de uma pesquisa realizada para a tese doutoral, defendida em 2022 no Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais da PUC Minas. Seu objetivo foi analisar os efeitos psicossociais da separação dos pais acometidos pela hanseníase de seus filhos e os efeitos na construção social das identidades e nos modos de vida dos referido descendentes. A metodologia utilizada foi a pesquisa etnográfica, com técnicas de pesquisa documental, observação participante e entrevistas em profundidade. Este estudo foi realizado em duas unidades de análise: Colônia Santa Isabel, na cidade de Betim-MG, unidade para o isolamento compulsório para tratamento da hanseníase, e a Pupileira Eunice Weaver, situada em Belo Horizonte/MG, unidade de acolhimento dos filhos.

Finalizando nossa introdução, passamos a apresentar duas instituições que foram analisadas no desenvolvimento da nossa pesquisa.

[Sumário]

A Colônia Santa Isabel e Pupileira Eunice Weaver

O Sanatório Santa Isabel teve seu início com a Lei Estadual nº 801 de 02 de setembro de 1921, do Estado de Minas Gerais, que autorizava a criação de "leprosários" nas regiões onde a doença grassasse com mais intensidade, abrindo um crédito específico para este fim. Logo em seguida, no mesmo ano, o Estado de Minas Gerais comprou uma fazenda, a 40 km de Belo Horizonte, situada à margem do Rio Paraopeba, com 605 hectares, servida por estrada de ferro e de rodagem, para nela ser localizado o primeiro grande Sanatório destinado a "leprosos" que residissem no estado. O Sanatório Santa Isabel foi ianugurado em 1931, e o local era conhecido como Mário Campos II. Em 1938, com a municipalização da cidade de Betim, Santa Isabel passou a pertencer a esse município (LARA, 2008).

O Sanatório foi dividido em três diferentes áreas: 1ª) a área sadia, onde era a moradia dos trabalhadores e funcionários; 2ª) a área intermediária, conhecida como "observação", destinada aos que tiveram contato com pessoas doentes, mas, que manifestaram sintomas suspeitos, porém, sem esclarecimento diagnóstico. 3ª) a maior área física destinada aos doentes, com um complexo de edifícios para residências coletivas ou individuais e estrutura administrativa com capacidade para abrigar 7.000 doentes (BETIM, 2010).

Desde o fim do isolamento compulsório e o início do processo de abertura de Santa Isabel na década de 1980, a grande maioria das residências individuais foi descaracterizada. Mesmo com as transformações físicas, alguns prédios permanecem com a arquitetura original. A antiga enfermaria, construída em 1931, foi reformada em 2018 e abriga um Centro de Memória da Hanseníase. Em se tratando de hanseníase, o Brasil possui um patrimônio material e imaterial imenso; apesar de não existir um plano nacional de preservação dessas memórias, algumas boas iniciativas locais estão sendo executadas. Após o ano de 2007, com o reconhecimento de erro da política de isolamento e concessão da indenização especial pela Lei nº 11.520/2007, tem crescido um esforço nas áreas das ex-colônias para a construção de pequenas salas de memórias, com o objetivo de reunir objetos antigos, livros, reportagens e um grande acervo fotográfico.

Na atualidade a Colônia Santa Isabel está inserida na Regional Citrolândia, uma das dez regionais administrativas do Município de Betim. A origem do povoado é marcada pelos familiares de doentes que se mudaram para a região – para ficar próximos aos membros doentes da família que foram internados na Colônia – e por pacientes que fugiam do antigo sanatório. Na atualidade, Citrolândia conta com cerca de 30 mil moradores (IBGE, 2022).

A Pupileira Eunice Weaver foi inaugurada em 1931, no bairro Horto, em Belo Horizonte; a unidade tornou-se a maior entidade destinada para os filhos dos portadores de hanseníase de Minas Gerais. Era administrada pela "Sociedade Eunice Weaver", entidade filantrópica que gerenciava pupileiras em todo o Brasil. Hoje, o local ainda pertence à referida Sociedade, que, desde a década de 1990, mediante convênios com a prefeitura de Belo Horizonte, mantém uma creche que está inserida na rede educacional para crianças com idade entre 0 e 5 anos (CAMPOS; FLORES, 2012).

[Sumário]

A Pupileira mantem uma arquitetura original preservada e possui um arquivo disponível para consultas externas onde consta a documentação dos filhos separados do antigo Sanatório Santa Isabel. A unidade tem área total de 6.400m², ocupa um quarteirão, em uma região valorizada da cidade de Belo Horizonte. Mesmo o prédio sendo de 1931, não existe nenhuma certidão oficial de tombamento.

Importante destacar, que as duas unidades analisadas representam um contexto de mais de 100 instituições espalhadas pelo Brasil, responsáveis por retirar do convívio social as pessoas com hanseníase e seus filhos.

[Sumário]

As Políticas Públicas de Exclusão

Na história mundial, a segregação compulsória de milhares de pessoas acometidas pela hanseníase, a partir do século XVIII, foi a forma mais avançada para se tentar controlar a doença, já que não existiam informações seguras sobre o modo de transmissão e o tratamento medicamentoso. Esse tipo de controle trouxe impactos diretos nas famílias e contribuiu para a formação de outros núcleos familiares nas instituições de isolamento.

Segundo Lilian Souza (2019), o final do século XIX é marcado pelos desafios enfrentados pela medicina para descrever, classificar e tratar algumas doenças que se tornavam endêmicas no Brasil. As ações sanitárias intervencionistas, com a criação de instituições para segregação e isolamento compulsório dos doentes, eram a forma possível de responder ao desconhecido e interromper a cadeia de transmissão dos casos de sífilis, tuberculose, sofrimento mental e "lepra".

Como uma enfermidade milenar a "lepra", desde o seu surgimento, provoca medo e repulsa; a doença está relacionada a maldição, praga e castigo divino. No Velho Testamento, em Levítico 13, 1 a 59, e 14, 1 a 57, consta a "lei do leproso", que determina que o "leproso" deveria ser considerado impuro, andar com o cabelo sem pentear, roupa rasgada e suja, e gritando: "impuro", "impuro"; destes, as casas onde moravam poderiam ser derrubadas, caso manchas fossem observadas nas paredes (BÍBLIA, 1969). Por essa razão, as pessoas acometidas pelo bacilo de Hansen viviam isoladas em vales ou cavernas, eram consideradas malditas e deveriam viver longe das cidades.

Registros apontam que a doença é conhecida há mais ou menos quatro mil anos na Índia, China e Japão, e já existente no Egito 2.300 anos a.C. A "lepra" foi difundida na Europa Oriental pelos exércitos persas, mais tarde pelos romanos, pelos sarracenos e pelas cruzadas; no Ocidente, foi difundida pelos espanhóis e portugueses. Os fenícios foram responsáveis pelo surgimento da doença em toda a costa do Mediterrâneo; as expedições de Alexandre, O Grande, contribuíram para a sua difusão na bacia oriental (CAMPOS; FLORES, 2012).

Apesar de as estatísticas apresentarem maior número de doentes entre os grupos de classe social mais baixa, Castro (2017) descreve relatos da doença na figura dos reis como Balduíno IV, que reinou em Jerusalém de 1174 a 1185; Roberto I, rei da Escócia, entre 1306 e 1329; Afonso II, rei de Portugal, de 1212 a 1223; e o rei da Sicília, Henrique VII, que, em 1998, teve o restante de sua ossada examinado por uma equipe de paleopatologistas, que constatou sinais de hanseníase avançada. Todos tiveram seus reinados marcados pela doença.

Na Idade Média, foram realizados isolamentos dos pacientes em leprosários; muitos deles administrados por obras de caridade – como exemplo, citamos Kalaupapa (Hawaii), Chacachacare (Trinidad), The Basin (Victoria) e Spinalonga (Creta). A maioria dessas instituições localizava-se em ilhas, para garantir a segregação dos enfermos (LIMA, 1946). Com tantas histórias e mitos relacionados à enfermidade, a hanseníase transformou-se em enredo de cinema, como nos filmes *Cruzada* (2005), *Coração valente* (1995), *Bem-hur* (1959), *Papillon* (1973) e *Diários de motocicleta* (2004) (CASTRO, 2017).

[Sumário]

A “lepra”, termo bíblico derivado do substantivo grego leprós – significando “coberto “de escamas” ou “áspero” –, passa a ser denominada hanseníase quando o médico norueguês Gerard Amauer Hansen identificou, em 1874, o bacilo *Mycobacterium leprae* como o causador da doença e o responsável por sua transmissão. Hansen defendeu a segregação como melhor forma de conter o avanço da doença. O isolamento compulsório e a segregação dos “leprosos” tornaram-se exemplo mundial de uma política de controle eficaz (VELLOSO; ANDRADE, 2002).

Com o avanço das medidas de saúde e a tentativa de se evitar a disseminação da doença no mundo, o isolamento compulsório ganhou grande adesão, sendo criadas novas instituições em áreas onde as barreiras físicas impediram que o indivíduo tivesse contato com a sociedade em geral; tudo justificado pela proteção aos sadios, contra uma doença que, além de ser de alta contaminação, não tinha cura. Desse modo, a política pública mundial de internamento compulsório, ganha destaque.

Como patologia, a hanseníase é uma doença infectocontagiosa, os sinais e sintomas, podem ser observados no aparecimento de manchas na pele de cores branca ou vermelha acompanhadas por insensibilidade. Quando feitos diagnósticos tardios, a doença evolui para formas mais graves, ocasionando incapacidades físicas.

Os primeiros registros sobre focos da doença no Brasil foram fornecidos por pesquisas realizadas na então Capitania de São Paulo, em 1820, pelo Visconde de Oeynhausen (LIMA, 1946).

Vale ressaltar, que a hanseníase agrega os processos clínico-epidemiológicos e os aspectos sociais, culturais e religiosos. Além disso, ela é de difícil diagnóstico, e o tratamento pelo uso de drogas potentes provoca reações medicamentosas e uma diversidade de complicações clínicas. A doença surge no Brasil trazida pelos portugueses com o início do processo de colonização do país. Para tentar controlar a doença, introduziram uma série de medidas governamentais ao longo dos séculos, com internações compulsórias e tragédias sociais, que marcaram a história da saúde pública no Brasil (SAVASSI et al., 2019).

Com o Decreto nº 5.156/1904, que previa a notificação compulsória da “lepra” – promulgado por Oswaldo Cruz, quando assumiu a então Diretoria-Geral de Saúde Pública –, no Brasil a hanseníase passou a ter maior atenção do poder público e a fazer parte dos programas governamentais de combate às doenças transmissíveis. Até então, uma consulta médica só era disponível a quem pudesse pagar. Aqueles que não dispunham de recursos financeiros ficavam aos cuidados de benzedeiras ou hospitais filantrópicos de caridade, quase sempre subsidiados pela Igreja. (MACIEL, 2007).

Com o referido Decreto passou a ser de responsabilidade da União as pesquisas, tratamento e profilaxia das moléstias transmissíveis que aparecerem ou se desenvolverem em qualquer parte do território nacional. Foi criada uma Superintendência exclusiva, que tinha entre suas funções a higiene domiciliar da população em geral, a coordenação da polícia sanitária e de tudo que se relaciona com a profilaxia das moléstias contagiosas. A Superintendência estava subordinada à Direção-Geral de Saúde Pública (BRASIL, 1904).

[Sumário]

O Decreto nº 16.300/1923, que aprovava o regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública, criou a Inspetoria de Profilaxia da Lepra e determinou o isolamento das pessoas com a doença em sanatórios, hospitais, asilos e colônias agrícolas. Segundo o parágrafo 1º do artigo 139 do Decreto, as colônias poderiam ser equipadas com hospitais, creches, orfanatos e asilos para os incapazes, formando "vilas de leprosos":

> Art. 143. §2º. O doente que residir em habitação particular poderá nela aguardar, sob vigilância, a verificação do diagnóstico. Fora deste caso a transferência se fará desde logo para o local de isolamento provisório.
>
> §4º Se a pessoa notificada negar-se ao exame, será requisitado auxílio da polícia para execução dessa providência e para o respectivo isolamento, uma vez o diagnóstico confirmado.
>
> Art. 145. Concluído pelo diagnóstico positivo da lepra, a autoridade levará o fato ao conhecimento do doente, notificando-lhe também a obrigatoriedade do isolamento e a liberdade que fica o doente de levá-lo a efeito em seu próprio domicílio ou no estabelecimento nosocomial que lhe convier. (BRASIL, 1923).

A partir da década de 1930, o modelo de segregação ganhou destaque no Brasil e foram editados diversos atos normativos referentes ao controle da doença. Em 1941, institui-se o Serviço Nacional da Lepra e, com a conclusão da rede asilar do país, o isolamento forçado foi sendo aprimorado. A Lei nº 610/1949 intensificou a política de segregação dos doentes e a separação dos filhos, que eram internados nas pupileiras. (VELLOSO; ANDRADE, 2002).

A Lei nº 610, regulamentava a política pública em âmbito federal, autorizando a internação não só de portadores de hanseníase, mas também dos filhos e suspeitos que pudessem estar doentes, conforme os artigos 1º, 15, 16 e 17, da referida lei:

> Art. 1º A profilaxia da lepra será executada por meio das seguintes medidas gerais:
>
> I – Descobrimento de doentes por intermédio de:
>
> b) exame obrigatório de todos os "contatos"; ou comunicantes e dos suspeitos ou "observados".
>
> Art. 15. Todo recém-nascido, filho de doente de lepra, será compulsória e imediatamente afastado da convivência dos Pais.
>
> Art. 16. Os filhos de pais leprosos e todos os menores que convivam com leprosos serão assistidos em meio familiar adequado ou em preventórios especiais.
>
> Art. 17. Será exercida rigorosa vigilância sanitária sobre os doentes isolados em leprosários, os suspeitos e os que estiverem em observação, de modo que se torne fácil promover e fiscalizar o cumprimento das leis e regulamentas sanitários no tocante à lepra (BRASIL, 1949).

O isolamento era feito a juízo da autoridade sanitária nos termos da lei; o isolamento e a separação de pais e filhos, ocorreu, inclusive, em relação a pessoas que já estavam curadas e que tinham ficado com lesões impressionantes e insuportáveis aos olhos da sociedade (LIMA, 1946).

[Sumário]

Registros apontam que foram criadas cerca de 101 instituições com esse objetivo no país. A medida reforçava estigma, medo, discriminação e imaginário negativo em relação às pessoas acometidas pelo bacilo, contribuindo para a segregação física, social, psicológica, histórica e geográfica, sob o argumento de proteger a sociedade ou os "normais" da contaminação dos doentes, fazendo a higienização das grandes cidades. Os sanatórios eram administrados pelas lideranças religiosas e seu corpo de funcionários era constituído pelos próprios pacientes internos, exceto os médicos. (LARA, 2008).

Conforme Gomide (1991), o poder público acionou seus mecanismos de controle utilizando todas as formas possíveis para identificar, no seio da sociedade, aqueles que eram considerados portadores da doença, a fim de isolá-los do convívio social.

Em 1968, a Lei nº 5.511, além de revogar a internação compulsória para hanseníase no Brasil, estabeleceu normas gerais para a instituição e execução de Campanhas de Saúde Pública promovidas pelo Ministério da Saúde. Nesse novo modelo, as campanhas eram instituídas, em cada caso, atendendo à necessidade de se intensificar e coordenar, em todo o território nacional, as atividades públicas e particulares de prevenção e combate, inclusive tratamento e recuperação – já que constituem problema de interesse coletivo e exigem, para seu atendimento, providências especiais.

Tamanho era o terror da hanseníase e descaso para com os direitos das pessoas acometidas pela doença e seus filhos que, após sete anos da revogação da lei de isolamento compulsório, foram expedidos decretos e portarias que tinham como objetivo regulamentar as novas formas de tratamento da doença. Em 4 de agosto de 1975, o Decreto Presidencial nº 76.078 definiu nova denominação à Divisão Nacional de Lepra e à Companhia Nacional Contra a Lepra, que passaram a se chamar, respectivamente, Divisão Nacional de Dermatologia Sanitária e Campanha Nacional Contra a Hanseníase.

Em 1976, foi publicada a Portaria nº 165, do Ministério da Saúde, que, além de ter abolido o termo "lepra" no "papel", já que de fato o estigma persistia, garantiu o oferecimento de mecanismos para diagnóstico e tratamento adequados em serviços públicos de saúde, e não mais em leprosários, sanatórios e colônias. A referida portaria estabeleceu como objetivo ***"eliminar falsos conceitos relativos à alta contagiosidade da doença, à sua incurabilidade e à compulsoriedade da internação do doente"*** (grifo nosso), considerando que a hanseníase: 1. não é transmitida por simples contato, exigindo contato permanente, pré-disposição para a doença e baixa imunidade; e 2. é totalmente curável e pode não deixar sequela alguma se diagnosticada a tempo e tratada de forma correta[1] (LIMA, 1946).

1 O grande problema é que a hanseníase é, entre as doenças infecciosas, considerada uma das principais causas de incapacidades físicas, em razão do seu potencial de causar lesões neurais (NAZARIO, 2017).

[Sumário]

Na prática, o isolamento compulsório e a separação de famílias permaneceu até meados dos anos de 1980. Em geral, a política de segregação, sobretudo dos filhos, foi marcada por episódios de tortura, abuso sexual, privação ilegal da liberdade, castigos físico, adoções ilegais e negligência estatal em relação à readaptação das pessoas, para que pudessem viver com autonomia. Essas graves violações a direitos humanos foram responsáveis por danos físicos, mentais, emocionais, materiais e sociais que impactaram diretamente a vida desses indivíduos.

[Sumário]

As Instituições de Isolamento e os Filhos Separados

Políticas sociais para infância e juventude considerada desamparada e delinquente no Brasil não foram desenvolvidas apenas no campo da hanseníase. Marcilio (1997) resgata a história da adoção a partir das "Rodas de Expostos", modelo de "caridade" trazido pelos portugueses com a colonização do Brasil. A "Rodas de Expostos" surgiu na Idade Média, principalmente na Itália. Foi desenvolvida como forma de caridade e ajuda mútua, sendo organizada pelas obras religiosas missionárias, em Portugal, na cidade de Lisboa, que abrigou a primeira roda desse país. O objetivo das Rodas era amparar crianças abandonadas, garantindo o anonimato do "Expositor":

> O nome da roda provém do dispositivo onde se colocavam os bebês que se queriam abandonar. Sua forma cilíndrica, dividida ao meio por uma divisória, era fixada no muro ou na janela da instituição. No tabuleiro inferior e em sua abertura externa, o expositor depositava a criancinha que enjeitava. A seguir, ele girava a roda e a criança já estava do outro lado do muro. Puxava-se uma cordinha com uma sineta, para avisar o vigilante ou rodeira que um bebê acabava de ser abandonado e o expositor furtivamente retirava-se do local, sem ser identificado. (MARCILIO, 1997, p. 55).

Segundo Marcilio (1997), a "Roda os Expostos" é considerada uma das instituições brasileiras de maior duração, quase 150 anos, sendo extinta apenas na década de 1950. As quatro maiores "Rodas de Expostos" foram implantadas nas cidades de Salvador, em 1726; Rio de Janeiro, 1738; Recife, 1789; e São Paulo, 1825. Ao todo, o Brasil chegou a ter 13 "Rodas de Expostos" nas cidades de Desterro (SC), Vitória (ES), Cuiabá (MT), Porto Alegre e Pelotas (RS), Cachoeira (BA), Olinda (PE) e Campos (RJ).

As novas formas de exercer a filantropia, segundo Marcilio (1997), transformaram as rodas no primeiro modelo de assistência institucionalizada ao menor abandonado. A filantropia "moderna" adaptou-se aos anseios do Estado com o objetivo de "prevenir as desordens". As ordens religiosas, nesse período, e a sociedade, em geral, iniciaram a fundação de orfanatos em todo o território nacional. O ano de 1930 é o marco da criação dessas instituições.

A década de 1930 coincide com a criação da "Sociedade Eunice Weaver", entidade filantrópica que gerenciava "pupileiras" para filhos dos acometidos pela hanseníase em todo o Brasil, inclusive a Pupileira Ernani Agrícola. Algumas pesquisas analisam os desafios sociais que se iniciam a partir da adoção e os efeitos que podem gerar na trajetória de vida tanto daqueles que foram adotados quanto das famílias que os acolheram.

Cumpre observar que a adoção, nas palavras de Venosa (2012), é uma modalidade de filiação que busca imitar a filiação natural, sendo também conhecida como filiação civil, pois não resulta da filiação biológica, mas de pura manifestação de vontade materializada por uma decisão judicial. A adoção, hoje, é um ato ou negócio jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas, em que uma delas passa a ter o estado de filho, independentemente do vínculo biológico.

Quando se consolida a adoção, a família adotante procura romper, quando conhecidos, os vínculos com os pais biológicos e demais parentes consanguíneos. Para Venosa (2012), a adoção tem por principais efeitos a irrevogabilidade e a quebra de qualquer vínculo do adotado com a família biológica.

[Sumário]

Os temas adoção e paternidade podem ser ainda mais complexos quando se trata da “adoção à brasileira”. Esta ocorre quando alguém dá declaração falsa e consciente de paternidade e/ou maternidade de criança nascida de outra mulher, sem observância das exigências legais para adoção. Lôbo (2003) aduz que os termos verdade e falsidade no registro civil e na biologia têm parâmetros diferentes: um registro é considerado sempre verdadeiro se estiver conciliado com o fato jurídico que lhe deu origem, da mesma forma que é sempre falso na condição contrária.

Diversas adoções foram realizadas clandestinamente nos preventórios brasileiros e nas colônias. Com o fim dessas instituições, constam da formação de novas famílias, consolidando o status de filiação de paternidade socioafetiva apregoado e, portanto, irrenunciável e intransferível, o que não importa na obstacularização de realização de exame de DNA visando ao conhecimento da identidade genética. O direito à paternidade e à filiação, na contemporaneidade, tem dois marcos, a paternidade socioafetiva e o DNA (LÔBO, 2003).

Paternidade socioafetiva, é a relação que, procedendo da realidade social, se desenvolve entre aquele que apresenta um estado de filho perante aquele que socialmente possui um estado de pai. Assim, a relação social dá-se quando uma pessoa, de fato, cria, educa e acompanha o desenvolvimento de outro indivíduo, a ponto de configurar verdadeiro estado de pai e filho, ou seja, é aquela relação de afeto que ao longo do tempo vai criando raízes, a ponto de, mesmo havendo uma verdade biológica, nascer uma verdade social (FACHIN, 1999).

Em nosso estudo sobre as famílias separadas pela hanseníase, salientamos que muitas crianças que passaram pelas instituições de acolhimento foram adotadas por famílias substitutas e tiveram novas identificações. Existem casos de duplo registro de nascimento e a existência de atestados de óbito forjados para encobrir práticas ilegais de doações de crianças realizadas por agentes estatais.

Oliveira, do Estado de São Paulo, descobriu, por volta do ano de 2002, que era uma filha separada de pais acometidos pela hanseníase; sua história está registrada em seu livro *Nascidos depois: a verdadeira história dos filhos dos pacientes de hanseníase separados de seus pais pelo isolamento compulsório*. Nas palavras de Oliveira, seus pais adotivos carregaram uma grande responsabilidade ao adotarem uma filha separada pela hanseníase:

> Hoje eu sei que meus pais adotivos foram, antes de tudo, corajosos! Devem ter sofrido humilhados em algumas ocasiões, passaram por loucos, por irresponsáveis, afinal, quem sabia da história, sabia que eles haviam tomado uma decisão arriscada e até comprometedora. Não duvido de que muitas pessoas tenham se prevalecido com ela e arrancado deles algum dinheiro, porque o maior segredo que guardavam era o cuidado de me preservar desta verdade até onde eles pudessem. E pasmem: a partir da minha adoção, eles, incontestavelmente, também foram “atingidos” pela hanseníase. Ser protagonista de uma história que representa medo e amor ao mesmo tempo, não tem sido confortável para mim e precisei buscar um meio de fazer a verdade aparecer para todos, de uma só vez, deixando claro aos maldosos e ignorantes, que venci os preconceitos, fui e sou muito amada pela família que me acolheu e, ao contrário das previsões invejosas de alguns, estou aqui, fazendo valer o nome que me deram, honrando cada espaço que me foi oportunizado por eles e não deixando de lado minha condição miserável de nascimento. Mas, acreditem ou não, todos nascemos e morremos iguais, não valendo o sacrifício de se despeitar um ou outro semelhante. (OLIVEIRA, 2015, p. 65).

[Sumário]

Oliveira conseguiu desvendar sua história biológica, conhecendo um pouco de suas origens, sua história é uma exceção no contexto da hanseníase:

> Desta forma, resgato minha vida biológica, minha dor pessoal que não tem começo, meio ou fim, mas que me fortalece para tentar acertar e seguir adiante por duas linhas: a da adoção que me protegeu e a da hanseníase, que preciso vencer .E a minha vida deu muitas voltas....O que eu posso dizer desta dupla existência é que a discriminação não me marcou porque sempre estive muito distante destes sentimentos pequenos, mas fica como que martelando na minha cabeça e no meu coração as pessoas, aos milhares, que foram separadas por decisões arbitrárias, que condenaram ao abandono muitos filhos e muitos pais. Estava explicado o pesadelo que eu tinha na infância, com uma mulher gritando; eu realmente havia vivido aquilo. Sei que, como eu, pessoas foram entregues para a adoção por causa da hanseníase na família e que nunca mais se reencontraram, roubando-lhes o direito à verdade sobre suas origens, onde bens materiais, inclusive, foram usurpados de inocentes e transformando esta ausência em problemas que serão carregados para sempre. Muitos como eu, possuem duas Certidões de Nascimento, fazendo parte de uma estatística mentirosa, que cobriu este país de vergonha e ainda cobre, porque a luta pelos direitos dos filhos separados mal começou! (OLIVEIRA, 2015, p. 66).

A autora não teve a oportunidade de conhecer seus pais biológicos, mas conseguiu juntar as peças e descobrir um pouco sobre eles:

> Meu possível pai biológico, Paolino Luchetti, foi um marceneiro de origem italiana da região de Araraquara, também em tratamento nas colônias, que se suicidou com veneno para ratos em dezembro de 1956. Fatos de certa maneira relevantes, indicam que ele tinha duas famílias, duas esposas e muitos filhos, concluindo, então, que há muitos irmãos que não conheço, desde que, de fato, ele tenha sido meu pai biológico. Minha mãe biológica, Maria José Amélia, da qual continuo sem saber se é viva ou morta, sofreu todos os tipos de humilhações pelo Estado, reduzida a um número fictício entre os doentes, sem direito à maternidade, destituída, até, do direito de conhecer-me, como provo, com documentos que possuo e que certificam o livre comércio de adoções que nos transformaram em mercadorias baratas, indo de lar em lar, até encontrarem uma família que aceitasse a triste condição de abandono que o Estado nos impôs. (OLIVEIRA, 2015, p. 70).

A obra de Oliveira (2015) é um dos registros mais importantes de que se tem conhecimento na atualidade sobre a separação compulsória de famílias com hanseníase. O texto é narrado em primeira pessoa, a autora relata suas descobertas e experiências em sua trajetória de vida. O registro histórico elucida e demonstra as práticas adotadas pelo Estado brasileiro para com esse grupo de pessoas.

Assim como o isolamento dos acometidos pela hanseníase, a separação de seus filhos foi mundialmente recomendada, como forma de se evitar o contágio da doença. O primeiro preventório criado com essa finalidade surgiu em 1880, na ilha de Molokai, no Havaí, Estados Unidos, tendo como idealizador o Padre Damião, missionário belga que dedicou sua vida ao cuidado dos doentes, e não achava correta a convivência de filhos sadios com pais portadores de “lepra”. O Preventório de Molokai foi a primeira instituição criada, com a estratégia profilática de evitar a contaminação familiar (SOUZA, L., 2019).

[Sumário]

A criação de instituições para acolher os filhos dos acometidos pela hanseníase fazia parte de uma política de separação caracterizada como não desejável, porém necessária à época. Do ponto de vista epidemiológico, o não convívio com pais doentes evitaria que a criança se tornasse o doente do futuro. As instituições que acolhiam esses filhos reuniam características filantrópicas, assistenciais e profiláticas, sendo as crianças consideradas internas e mantidas sobre constante vigilância (CURI, 2006).

Na prática, esses filhos separados herdaram os “mitos de origem”, que são as narrativas morais, religiosas sobre a doença amaldiçoada, as crenças e as incertezas relacionadas à forma de transmissão, às sequelas, ao tratamento e aos danos físicos e psicológicos. Logo após o nascimento dentro das colônias, uma rede “proteção”, se formava em torno dessa criança para que fossem imediatamente separadas das mães.

Na organização da rede, os encarregados pelo traslado da criança não podiam ter acesso à mãe, nem as pessoas que a recebiam na pupileira; a administração da Colônia era responsável por repassar o nome do bebê escolhido pela mãe para o registro no cartório, feito pelo funcionário que transportava a criança para a creche. Porém, os funcionários que faziam a transferência eram apontados como culpados pelas mães, que insistiam em ter notícias do paradeiro de seus filhos, como explica Felix.

> Eu levava menino pra creche, nascia ali no predinho, naquela época o Hospital e a maternidade era ali, a mãe quase que nem via o filho quando nascia. Do jeito que nascia, levava lá pro Horto, tinha vez que a mãe nem via o filho, as vezes ela tava meio complicada, a gente saía e ela nem via e não podia nem colocar a mão, era muito rigoroso naquela época. O menino nascia, botava no balainho e a gente levava na rural do Estado. Eu ia segurando o menino no balaio e tinha o motorista, era bem arrumadinho os balaio de bambu. Aí chegava e entregava lá, tinha vez que os menino chorava, tinha dia que não, mas não demorava, ia direto. As mães nem sabiam que era eu que levava as crianças, depois eu ficava mais apertado, porque quando elas tavam bem e saíam do resguardo, elas vinham me perguntar e eu ficava sem saber explicar, porque eu nem conhecia a mãe. Eu não entrava lá não, entregava os meninos na portaria. “Ô minha filha! Eu não posso falar nada do seu filho!” Eu chegava lá, entregava e acabou, já voltava. Muita gente falava: “Foi você que levou, você tem que dar conta!” Eu falava: “Uai, tenho que dar conta?” Tinha mulher que ficava nervosa comigo, mas não tinha mais contato e era tudo muito bem organizado, não tinha contato. Nós, funcionários da saúde, não tinha contato dentro da colônia, só na hora de trabalhar. Eu pegava a criança, levava lá e entregava e pronto. Acontecia assim às vezes tinha menino que chegava aqui que eu ia registrar em Betim lá no cartório. Tinha uma moita de bambu na chegada da curva (logo na entrada da cidade, o local hoje é conhecido como posto da curva), o escrivão vinha atender nós ali na curva, doente não ia lá dentro, o escritório era ali de todo mundo da colônia. Eles não aceitavam a gente da colônia dentro de Betim. (Felix,2022).

Os pais biológicos não tinham qualquer autoridade sobre as crianças que ficavam aos cuidados dessa rede de “proteção”. Pais sem autonomia e crianças vulneráveis compunham o grupo social denominado por Monteiro (1995) de indivíduos que viviam em espaços de isolamento com sua morte social decretada.

[Sumário]

Depois de adultos, ao descobrirem suas próprias histórias, os filhos tentam transformar essa dor em luta em prol de seus direitos. Como auxilio, buscam acolhimento no Movimento de Reintegração das Pessoas Atingidas pela Hanseníase- Morhan, movimento social fundado em 1981, por ex-pacientes de hanseníase, profissionais de saúde, familiares e simpatizantes da causa. O Morhan é um dos movimentos sociais em atividade mais antigo do Brasil, com voluntários em todos os estados brasileiros. Helena filha separada, após atingir a maioridade civil (18 anos), conseguiu investigar sua história e sua trajetória de vida, e também de sua família. Perseguir o seu passado exigiu uma busca incansável, que gerou muita angústia, especialmente depois que conseguiu desvendar suas origens e as de sua família. Nesse processo, Helena tornou-se uma militante voluntária do Morhan e, atualmente, compõe a diretoria nacional dos Filhos Separados, que luta pela indenização como forma de reparar os danos provocados pelo desmantelamento das famílias decorrente da internação compulsória. Ademais, presta auxílio às pessoas que desejam resgatar a história de sua família:

> As pessoas querem ter acesso a documentação de internação nas antigas colônias para resgatar as histórias da família, geralmente filhos, netos, tios, primos, sobrinhos acabam sabendo da história e tentam apurar os fatos. Em alguns casos, a hanseníase foi e é tratada como segredo de família, já tive casos, que as pessoas mais velhas da família em seu leito de morte, contam esse segredo e os familiares iniciam uma busca por conhecer mais sobre essa história, nesse sentido eu auxilio essas pessoas a buscarem os locais certos para requerer a documentação. Eu procuro saber um pouco da história, entendo o caso e depois presto as informações, quando os casos não são de São Paulo eu aciono outros voluntários do Morhan nos estados onde os familiares passaram por esse isolamento. Todas as famílias que me procuraram, conseguiram chegar ao final com a documentação em mãos, as pessoas sempre me ligam para agradecer, eu me sinto muito feliz por causa disso. Tem muitos casos também da questão da doença, pessoas que são diagnosticadas atualmente e procuram informações sobre tratamento da doença e tiram dúvidas sobre as questões das sequelas. As coisas que não sei, busco ajuda com os “universitários da família Morhan”, eu fico muito feliz em ajudar essas pessoas que passam por uma peregrinação até conseguir o diagnóstico, infelizmente esse diagnóstico como demora muito, as pessoas já ficam com sequelas, essas sequelas que as pessoas adquirem me deixam tristes, ajudar essas pessoas me deixam extremamente feliz. (Helena, 2022).

> Os Filhos Separados também buscam essas informações para ter acesso ao seu próprio passado e para garantir seus possíveis direitos à indenização. Eu escuto as histórias, procuro entender principalmente qual instituição aquele filho ou filha tem como referência, e oriento os caminhos para se conseguir as informações pessoais desses filhos junto as instituições. Temos vários grupos de WhatsApp do Morhan por Estados, eu busco e passo informações por esses grupos, no facebook também temos grupos com mais de mil participantes. Na questão dos filhos, tenho casos que as pessoas estão procurando parentes, principalmente irmãos, as pessoas me passam os nomes e a gente tenta né, pelas redes sociais, infelizmente nessa questão eu não consigo ajudar, encontrar parentes é muito difícil a gente não consegue resultado, é triste o que aconteceu no passado, muitos irmãos se perderam, foram mortos, vendidos, torturados, são histórias que escuto e que peço a Deus que me de forças para continuar ajudando esses filhos, são histórias muito tristes, o meu coração chora junto com essas histórias. Thiago você não tem noção dessas histórias, essas histórias deveriam ser divulgadas, você não tem noção do que esses filhos separados passaram e ainda passam, tenho relatos de uma filha separada que foi ameaçada pela antiga diretora da instituição na atualidade, porque essa filha deu uma entrevista e relatou como era a vida nesse lugar. (Helena, 2022).

[Sumário]

Numa das visitas feitas à antiga Pupileira Eunice Weaver, onde funciona atualmente uma creche, Gabriela, a diretora, fala sobre os registros dos internos ainda armazenados lá:

> A planilha tem quase 3.000 crianças, só que a planilha tem alguns em duplicidade e outros faltosos. Tem os que não foram registrados, eu acho que depois que eles pararam de enviar as crianças, os filhos da hanseníase, o que era normal, porque já tinha acabado a política de exclusão, aqui ficou um tempo como uma espécie de FEBEM, que hoje seria o socioeducativo. Só que saiu de um espaço físico para hanseníase, para um espaço também de exclusão. Aí depois também parou a ideia. Aí depois transformou-se na ideia de assistência, como uma creche ou projetos de assistência social. O último filho que veio pra cá, o arquivo se confunde. Porque em algum momento conviveu um pouco o pessoal da FEBEM com os remanescentes dos filhos da hanseníase. A gente tem um arquivo ali até 1984. Tem uma mistura ali, esse tem um registro que as vezes tem foto 3x4, as fichas mais recentes. Uma coisa angustiante das fichas é a questão da letra, além do desrespeito natural, é um desrespeito ao nome e a idade. As letras são garranchos, você deduz o nome da pessoa, dificulta pra gente procurar. (Gabriela, 2022).

Descrever a política de isolamento compulsório da hanseníase é descrever uma série de atrocidades pelas quais os indivíduos que foram isolados passaram, tanto nas colônias quanto, principalmente, nas Pupileiras. Os constantes relatos de maus-tratos, verbalizados pelos internos, desencadearam uma série de barreiras que impediram que os internos tivessem uma vida “normal”: são os traumas experimentados resultantes da separação dos pais; o cotidiano das instituições; as limitações sociais impostas pela condição de “filhos de hansenianos”; e a saída das instituições, seja pela idade, seja pela lei federal instituída.

Além das privações a que as crianças eram submetidas nas instituições, muitas adquiriram sequelas físicas permanentes, como é o caso de José Raimundo:

> Lá no preventório, eu não tinha roupa, não tinha nada, era mendigo, era macacão que a gente usava, tudo igual. Uma vez eu fugi, a polícia me achou, me bateu e levou para o preventório, lá eu levei mais na cara. Eles juntavam três, quatro e batiam na gente, jogavam a gente pra cima, batia na orelha, onde estourou todos meus ouvidos e me deixou surdo. (José Raimundo, 2022).

As condições precárias existentes dentro das pupileiras interferiram na formação intelectual e social das crianças, que, não raro, aprendiam apenas a assinar o nome e algumas simples contas de matemática. Como consequência, a inserção no mercado de trabalho é quase impossível, como relata Luiza:

> Eu quero trabalhar pra mim conseguir manter esse equilíbrio emocional que tem dentro de mim, porque todas as noite é que vem os distúrbios, a lembrança, a falta do amor, do carinho, você saber que você foi tirada da sua mãe, colocada num balaio, jogada como lixo, isso dói. Eu queria ter minha mãe perto de mim, mesmo sem os dedos, mas eu sabia que tinha alguém do meu lado pra contar minhas histórias, contar meus problemas, poder contar com essa pessoa. Tem milhões de filhos separados, que tem distúrbios mentais, não puderam estudar. Eu não tenho estudo, mas Deus me deu o dom de ler e escrever, vivo em dificuldades financeiras, conto com a ajuda e colaboração de amigos, já que emprego eu não consigo. (Luiza, 2022).

[Sumário]

Os filhos separados tiveram suas vidas prejudicadas pelo Estado, o que se pode caracterizar como “O dano ao projeto de vida”. Este, por sua vez, é um tipo de prejuízo que atinge diretamente a realização pessoal e/ou profissional do indivíduo. É o rompimento da meta de vida, sendo ele mais extenso do que o dano moral. O direito à reparação é uma das configurações mais claras da indivisibilidade dos direitos humanos, na medida em que evidencia a impossibilidade de separar o indivíduo em uma dimensão material e outra moral/psicológica. O indivíduo é uno, e o conjunto de normas jurídicas precisa garantir essa unidade física e moral (e também espiritual), bem representada no projeto de vida, ou, em outros termos, no direito ao desenvolvimento e à plena realização de suas aspirações (SESSAREGO, 1996).

As instituições destinadas aos filhos dos acometidos pela hanseníase não dispunham de um sistema escolar bem estruturado, a quarta série era o máximo que as instituições ofereciam. Ao saírem do confinamento, algumas pessoas não tinham condições de completar os estudos. Essa falta de escolaridade e de mão de obra especializada interfere na busca de melhores colocações no mercado de trabalho.

Em seu relato, Helena, ao recordar sua infância no Educandário, destaca que o mundo se resumia ali dentro, não tinha em mente que existia vida na parte externa, recorda-se dos castigos que sofria na instituição:

> Tomei uma surra de vara de marmelo nas costas nuas, eu não tenho em mente a pessoa que fez isso, lógico foi uma adulta, mas não lembro, se uma pessoa chegar pra mim e falar: Helena foi essa pessoa? Eu não sei, não tenho a imagem da pessoa, apagou da minha memória. Ai a gente saiu do banheiro e colocaram agente de joelho assim, com as mãos para o alto, (nesse momento, se levanta da cadeira se ajoelha e coloca as mãos para o alto, ilustrando como foi a posição do castigo). Nós ficamos bastante tempo com esse castigo assim, não sei falar o tempo, no dia seguinte eu tinha que passar pelo médico, pelo seguinte, o que foi dito no dia seguinte, que eu teria que passar pelo médico, a mulher virou e falou assim pra mim, você vai ter que passar pelo médico, mas se perguntarem o que é isso na suas costas, você vai te que falar que passou no arame farpado, se você não falar isso, quando você voltar aqui vai ter outro castigo. Ai eu fui, passei pelo médico, eu lembro que sentei em cima de uma cama, acho que é maca né, e tinha um homem e uma mulher, isso eu lembro, não lembro da fisionomia. O médico falou: O que é isso nas suas costas? Eu falei que tinha passado no arame farpado, ele perguntou de novo, lembro até hoje, o que foi isso na suas costas? Eu passei no arame farpado, morreu o assunto. (Helena,2022).

A entrevistada Dada conta a sua experiência nas instituições:

> No Preventório São Tarcísio que ficava na cidade de Mário Campos, de primeiro era as irmãs que olhava nós, mas as irmãs veio pra cá pra Colônia, deixou nós na mão das moças. As próprias moças que foram arrancadas das mães, que criou nós e elas judiava, batia. Eu já não gosto de verdura, tenho pavor, que elas obrigava a gente a comer verdura. Se a gente não comesse, ficava de castigo. A Maria Helena sempre me batia, porque eu não comia verdura. Me pôs de castigo lá no pátio, em cima das pedras, de joelho. Deixou eu ficar lá um tempão. Ficamos no São Tarcísio de sete a doze anos, depois nós foi pro Pindorama, até que no Pindorama não teve muita covardia, foi legal, a gente apanhava e ficava de castigo. (Dada, 2022).

[Sumário]

Para os maus-tratos, não havia critérios. Paulo também trouxe, em sua narrativa, situação semelhante:

> Aproveitavam da nossa fragilidade, aproveitavam da nossa inocência, que nós era pequenininho ainda, não tinha noção da coisa e eles faziam o que queriam com a gente. A comida não era das boas, vou falar a franqueza. Brincar não era igual se brinca hoje, por liberdade. Era um sofrimento a realidade da coisa, na época você era obrigado a tudo. A gente apanhava, comia mal, as coisas aqui eram obrigadas, por exemplo, obrigava a gente ser católico, fazer as coisas que eles queriam. Tudo era rígido, apanhava, de tanto apanhar, eu cheguei bater minha cabeça no chão. (Paulo, 2022).

Os relatos sobre os castigos físicos e outras formas de violência às quais nossos colaboradores foram submetidos nas instituições nos remetem aos estudos de Inhana Souza (2019). A autora identificou em seus personagens violência física, institucional, social e psicológica, escassez de comida e rompimento dos vínculos familiares, demonstrando os abusos aos quais, grupos de filhos separados foram submetidos e praticados pelo Estado brasileiro, que era o responsável por essas crianças.

Necessário destacar que boa parte das memórias relatadas não é apenas de castigos aceitáveis para a época; os relatos remetem a crimes que foram cometidos contra crianças que estavam sob a tutela do Estado. Como apresentado por Maricato (2020), estamos inseridos na análise de um grupo vulnerável que é historicamente negligenciado pelos poderes públicos, como se vê no relato de José Raimundo:

> Agora eu não digo que o educandário educa alguém, os presos na cadeia vivem melhor do que uma pessoa que é internada num orfanato, eu apanhava tanto, que uma vez eu apanhei tanto com vara de marmelo, por fim me deram chute no saco, que eu comecei a urinar sangue. Não tinha como pedir socorro a ninguém, eles batiam e jogavam a gente pra cima, batia na orelha, onde estourou todos meus ouvidos. Eu, naquela época, urinava na cama, eu sabia que todo dia eu ia apanhar, eu apanhava, mas apanhava demais. Na hora da comida, era uma porcaria, era mingau com bicho, arroz e feijão com bicho, não podia pedir pra colocar um pouco mais no prato, aquele que fazia isso apanhava. Era meu caso, eu apanhava demais, como a comida não me satisfazia, eu andava pelo pasto no meio das cobras, lagartas, procurando gabiroba pra comer. Eu chupava limão pra matar a fome, porque a fome lá era negra. (José Raimundo, 2022).
>
> Voltando ao educandário, lá a gente praticava sexo entre uns e outros, os mais velhos estupravam os mais novos, a gente não podia falar nada senão apanhava. Não podia reclamar com a diretora senão apanhava, essa foi a vida que eu levei ali, na minha infância, eu não conheci um carrinho, não conheci uma bola, não sei o que é soltar uma pipa. Hoje eu tenho até inveja dos meus meninos, eu sinto inveja de ver as crianças brincarem. Eu dei uma vida melhor para os meus filhos. (José Raimundo, 2022).

[Sumário]

Resgatar os vínculos familiares era o sonho de muitos filhos que foram separados. Dada tentou reconstruir os laços rompidos com sua irmã e descobrir o paradeiro de sua mãe, ao atingir a maioridade, foi em busca do pai, e relata:

> Aí eu vi que abriu a colônia pros sadios entrar, eu vim pra cá. Quando eu fiquei sabendo que os sadios podiam entrar na colônia (Santa Isabel) foi muito bom, ter abrido pra entrar aqui, eu fiquei aqui. Eu morei com meu pai, ele não gostava de mim, mas me aceitou. Ele conversava com a Raimunda, ela morava na casa do seu Antônio Ferreira. Morava eu e meu pai, ele tinha casado de novo, mas depois a mulher morreu e ele não casou de novo. A convivência de nós dois, era pedra aqui, pedra ali, me xingava, falava que não gostava de mim, que gostava mais da Raimunda. Eu também falava: "Eu também não gosto do senhor! Já que o senhor não gosta de mim, eu também não gosto do senhor não! Raimunda é melhor que eu?" "É, ela é melhor que você, ela conversa, me dá bênção, aceita me dar um beijinho no rosto, mas você não, eu não aceito nem você me dar benção, nem pegar na minha mão." E foi assim até ele morrer, quando ele morreu a gente tava de mal. Mas, a culpa toda é dele, isso até que não me incomoda não. Fiquei até livre, fiquei mais tranquila, ficou melhor pra viver. Com a Raimunda eu sempre combinei, só um dia que eu e ela ficou de mal, mas depois a gente fez as paz. (Dada,2022).

O rompimento dos vínculos familiares, somado à falta de uma política de reintegração familiar, torna os relatos de conflitos comuns aos filhos que tentaram se reintegrar às suas origens biológicas. José Raimundo voltou a conviver com sua mãe, mas, nas palavras do nosso colaborador, não foi uma relação fácil:

> Quando cheguei em Belo Horizonte, primeira pessoa que procurei foi minha mãe, mas chegando ali na entrada de Citrolândia, não podia entrar. Me arrancaram de dentro do ônibus. Eu não tinha o dinheiro do ônibus da passagem pra voltar, minha mãe conversou com o Zé Bicas, aí me deu o dinheiro da passagem pra voltar. Eu fiquei com minha mãe uma hora, voltei no ônibus de cinco horas. Mas a minha mãe era bipolar, minha mãe era assim, colocava um pra brigar com o outro. Minha mãe tinha uma doença que ela roubava as coisas dos outros e escondia, e fazia um brigar com o outro tanto que a minha mãe acabou morrendo assim. Um belo dia, a minha mulher trouxe ela pro hospital aqui, a minha mulher era fumante e saiu pra fumar, quando ela voltou pra dentro do hospital, as enfermeiras tavam ouriçadas com ela, minha mulher começou juntar as coisas pra ir embora e minha mãe falou: "Por que você tá indo embora?" "A senhora falou com as enfermeiras que eu bati na senhora." "Não! As enfermeiras são tudo doidas, elas tão querendo que você não fica comigo. (José Raimundo, 2022).

A ideia do afeto como princípio fundador da família tem sido utilizada para se contrapor à ideia da origem biológica nos debates atuais sobre família, assim como vimos nos estudos de Fonseca (2015). A autora destacou que, antigamente, a concepção de mãe ficava limitada à procriação pelo ato biológico. Com o passar dos tempos, essa concepção é ampliada para aquela que desejou a criança, independentemente da questão biológica.

No contexto dos filhos separados, a mãe biológica de fato não teve a possibilidade de construir esse afeto com seus filhos. Em contraponto, nossos colaboradores tiveram poucas experiências de afeto como princípio fundador de família, uma vez que alguns permaneceram institucionalizados e, os que passaram por adoções, não viveram essa realidade de afeto com uma pessoa que representasse uma mãe.

[Sumário]

Após o fim da institucionalização, os filhos separados ficaram expostos a vários contextos. Alguns formaram novas famílias, outros não tiveram oportunidades de ter um companheiro ou filhos, cada um viveu uma realidade distinta.

A internação compulsória não foi uma política pública exclusiva para os acometidos pela hanseníase; embora seja apoiada no discurso de tratamento para diversas doenças, é conhecida historicamente como instrumento para lidar com minorias sociais que se tornam um problema a ser resolvido. Como política pública, cumpriu o objetivo de sanear as cidades, segregando os considerados inaptos do convívio social – que eram as pessoas portadoras de hanseníase, tuberculose, doentes mentais e mendigos –, recolhendo-os e encaminhando-os às instituições de isolamento compulsório (MONTEIRO, 1998).

As legislações de 1968 e 1976 foram promulgadas com base nas técnicas científicas mundialmente conhecidas em temas de saúde. Mesmo assim, os isolamentos compulsórios e a separação de pais e filhos permaneceram sendo praticados para a hanseníase no Brasil até o ano de 1986. A grande diferença entre o isolamento desenvolvido para a hanseníase, quando comparado com outras doenças, é que este foi reconhecido como crime de Estado.

[Sumário]

Da Exclusão à Reparação Indenizatória

A perpetuação do isolamento compulsório, associado aos danos sofridos por essas pessoas, levou à aprovação da primeira lei indenizatória no Brasil no campo da saúde pública, reconhecendo as graves violações a direitos humanos decorrentes dessas medidas de exclusão. Tal reconhecimento se deu pela promulgação da MP 373 de 24 de maio de 2007, convertida em Lei 11.520 de 18 de setembro de 2007, que garantiu e garante a toda pessoa internada compulsoriamente para o tratamento da hanseníase em algum hospital colônia no Brasil até o ano de 1986, o direito a uma indenização mensal e vitalícia paga pelo União. Na atualidade, aproximadamente 10.000 pessoas foram indenizadas pela União, em 2024, o valor mensal da pensão especial hanseníase é de R$ 2.012,00 (dois mil e doze reais).

No ano de 2010, três anos após a conquista de reconhecimento de crime de estado para com as pessoas com hanseníase, o Morhan iniciou uma grande mobilização nacional, de caráter reivindicatório, para que o benefício se estendesse aos filhos separados pela hanseníase. Diferentes estratégias de mobilização aconteceram no decorrer dos anos, rapidamente seis projetos de lei iniciaram sua tramitação na câmara dos deputados, apensados no projeto de lei 2104/2011, a matéria tramitou por 13 anos nas casas legislativas federais, sendo o primeiro reconhecimento indenizatório conquistado por vias judiciais.

O isolamento compulsório para com os filhos separados pela hanseníase no Brasil já foi reconhecido por quatro diferentes instâncias, Poder Executivo nacional, Superior Tribunal de Justiça, Governo do Estado de Minas Gerais e Governo do Estado do Rio de Janeiro, como crime de Estado e passível de indenização. Analisamos a Lei Federal nº 11.520/2007; a Lei nº 23.137/2018, do Estado de Minas Gerais; o Decreto nº 47.560/2018, do Estado de Minas gerais; a Lei nº 9.732/2022, do Estado do Rio de Janeiro e o Processo Judicial nº 5024703-73.2015.4.04.7100, do Rio Grande do Sul, que indenizou um casal de irmãos, filhos de pais com hanseníase, sendo estes os primeiros filhos separados no Brasil a receberem por via judicial, o direito a uma indenização reparatória paga pela União.

O reconhecimento de crime de Estado pioneiro para com os filhos separados pela hanseníase no Brasil obteve êxito pelas vias judiciais. Em março de 2015, um casal de irmãos entrou na Justiça Federal do Rio Grande do Sul pedindo à União uma indenização por danos morais, por terem sido submetidos às instituições destinadas aos filhos das pessoas acometidas pela hanseníase. No final de 2018, o Supremo Tribunal da Justiça (STJ) confirmou a sentença da primeira e segunda instância, que o caso configura “um quadro de alienação parental forçada por políticas governamentais equivocadas” e que a União deverá indenizar os irmãos em R$ 50 mil cada, com valor atualizado pelos índices fixados pelo juiz da primeira instância. Com a atualização monetária, cada irmão recebeu a quantia de R$ 85.000,00, e se tornaram os primeiros filhos separados pela hanseníase no Brasil a ganhar na Justiça o direito a uma indenização da União (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018).

Em seu último ato público como Governador de Minas Gerais, Fernando Pimentel, assinou a Lei nº 23.137, de 10 de dezembro de 2018, que dispõe sobre o pagamento de indenização aos filhos segregados em Minas Gerais – primeira lei reparatória de filhos separados pela hanseníase no âmbito internacional. Três dias após a assinatura da lei, o então Governador publicou o Decreto nº 47.560, que a regulamenta a lei. Apesar da euforia da conquista inédita,

[Sumário]

existia a preocupação se o governador eleito pelo Estado de Minas Gerais Romeu Zema, cumpriria com a legislação deixada pelo seu antecessor.

Após os primeiros seis meses do governo Zema, os filhos separados pela hanseníase de Minas Gerais se viram frustrados ao descobrirem que o governo em exercício daria continuidade à política reparatória, pagando a indenização em parcela única no valor R$ 14.000,00 (quatorze mil reais), valor muito baixo para o campo indenizatório em direitos humanos. Apesar da resistência e mobilizações, os filhos separados pela hanseníase em Minas Gerais inseridos no contexto da pandemia da Covid-19, ficaram sem alternativas de mobilização pelas restrições impostas pelo isolamento social. Não restou alternativa a não ser aceitar o baixo valor indenizatório oferecido pelo Estado de Minas Gerais.

O terceiro reconhecimento de crime de Estado para esse grupo de filhos separados aconteceu pela Lei nº 9.732/2022 do Estado do Rio de Janeiro, promulgada em junho de 2022, reconhecendo como crime a separação das crianças de seus pais. O caput da Lei nº 9.732/2022 foi assim descrito: “Obriga o Estado do Rio de Janeiro a reparar as vítimas da segregação parental decorrente da política sanitária de contenção da hanseníase”. Foi delimitado o direito de receber a indenização mensal e vitalícia no valor de dois salários-mínimos àqueles que “comprovarem vínculo filial com pessoas atingidas pela hanseníase afastadas compulsoriamente do convívio com os pais em decorrência da política de contenção sanitária vigente até 31 de dezembro de 1986” (RIO DE JANEIRO, 2022).

Apesar do reconhecimento pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e a promulgação da lei pelo Governador Caio Castro, o executivo fluminense recuou e não publicou o decreto que regulamentaria a legislação. O tema de tamanha relevância foi levado ao judiciário carioca pelo Morhan, que tenta garantir o cumprimento da medida aos filhos separados pela hanseníase daquele estado.

Neste contexto, destacamos o dia 24 de novembro de 2023 como o dia nacional do reconhecimento dos filhos separados pela hanseníase no Brasil. Na referida data, o Presidente Lula promulgou o PL 2104/2011 que se transformou na Lei 14.736/2023, promovendo uma emenda na Lei 11.520/2007 que indeniza as pessoas acometidas pela hanseníase internadas compulsoriamente nas antigas colônias de hanseníase, ampliando o entendimento e positivando em lei, a autorização para o poder executivo federal a conceder pensão especial, mensal, vitalícia e intransferível, aos filhos que foram separados dos genitores em razão do isolamento ou da internação destes.

Com a emenda promovida pela Lei 14.736/2023, estima-se que 15 mil pessoas, serão beneficiadas com a pensão especial, em sua maioria filhos separados pela política de internação compulsória. A ampliação do reconhecimento também beneficiará um pequeno grupo de pessoas, estimados em cerca de 300 brasileiros, estes foram isolados em seringais e domicílios por não haver vaga para tratamento da doença nos sanatórios e colônias até a década de 1980, realidades presentes nas regiões norte do Brasil.
Entre a euforia, esperança, cautela e preocupação quando comparado pela indenização que não aconteceu de fato no Estado do Rio de Janeiro, os filhos separados de todo Brasil aguardam ansiosos para entrar com o pedido de concessão da pensão especial. Pelas negociações ocorridas encabeçadas pelo Morhan, o governo federal aponta que o mês de abril

[Sumário]

de 2024, é a data referência para a publicação do decreto lei que regulamentará os novos pedidos de pensão especial.

Com a promulgação do decreto, a comissão interministerial ficará autorizada a organizar todo o processo de recebimento e análise dos pedidos por via administrativa da pensão especial. A comissão está instaurada desde o ano de 2007 no âmbito do Ministério dos Direitos Humanos e Cidadania. Com o início das análises por via administrativa, se inicia também as diversas possibilidades judiciais sobre o tema, no foro da justiça federal por todo Brasil. O valor da pensão especial indenizatória será o mesmo já pago pelas pessoas que foram internadas compulsoriamente R$ 2.012,00 (dois mil e doze reais), retroativos a data de entrada do pedido de pensão.

O processo de separação compulsória dos filhos separados pela hanseníase foi reconhecido como crime de Estado pelo poder executivo e pela justiça federal. O reconhecimento iniciou pela justiça federal brasileira, o processo transitado e julgado nas três instâncias da justiça federal, cria outra possibilidade jurídica, de repercussão geral[2] para o tema. A opção de trilhar o caminho judicial após o reconhecimento indenizatório dos irmãos gaúchos, foi escolhido por centenas de filhos separados pela hanseníase no Brasil, esse ingresso na esfera judicial, aconteceu por processos coletivos e individuais, espalhados pelos estados brasileiros.

Assim como aconteceu em Minas Gerais e no Rio de Janeiro que como vimos não se concretizou de fato, tramitam nas assembleias legislativas estaduais de São Paulo, Espírito Santo, Pará e Amazonas em suas comissões parlamentares, projetos de lei que visam indenizar esse público em âmbito estadual. Em dezembro de 2023 a Assembleia Legislativa do Estado de Goiás-ALGO reconheceu em lei a proposta de indenização aos filhos separados daquele estado. Utilizando da justificativa de reconhecimento indenizatório a nível federal, o governado Ronaldo Caiado vetou a referida legislação estadual.

Importante destacar que mesmo com o reconhecimento de erro e pagamento de indenizações, no caso da hanseníase, a política de internação compulsória e separação de famílias vêm se repetindo no Brasil, sendo uma crescente para os usuários de crack, (FLORES, 2018). Essa violação e desrespeito aos direitos e garantias constitucionais, além das sequelas sociais futuras, podem trazer gastos públicos no que tange políticas públicas reparatórias, ou seja, o erro se repete. A reparação financeira onera mensalmente os cofres públicos e se mostra insuficiente para reparar as mazelas sociais provocadas pelo isolamento.

2 Podemos definir a Repercussão Geral como o instrumento processual inserido na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº 45, conhecida como a “Reforma do Judiciário”. Seu objetivo é possibilitar que o Supremo Tribunal Federal selecione os Recursos Extraordinários (REs) que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. Com essa ferramenta, consegue-se uma diminuição do número de processos encaminhados ao STF. Quando está acolhida a repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos (FARIAS; ROSENVALD, 2013).

[Sumário]

Conclusão

Identificamos que as pessoas que foram acometidas pela hanseníase e seus filhos separados foram submetidos ao total controle estatal, o que gerou consequências psíquicas e sociais que estão muito além da compreensão patológica da doença, está na ordem da moral, do estigma, preconceito e do interesse político por medidas reparatórias. Com o fim da estratégia pública de isolamento compulsório no caso da hanseníase, na teoria o fim da exclusão possibilitaria o reencontro familiar e a construção de vínculos afetivos e sociais.

Na prática, os filhos que foram separados na maioria das vezes, adquiriram problemas cognitivos de aprendizagem, de capacidade para o trabalho e para o convívio social e familiar, além de graves danos, psíquicos, emocionais e sociais. Nesse contexto, a organização social, para reivindicar e conquistar seus direitos, torna-se mais custosa. O retorno dos filhos para a Colônia Santa Isabel, para conviverem com os pais, foi conflituoso, pelo não reconhecimento da paternidade, por não saberem lidar com os papéis de pai e de filho, ou por dificuldades de construir laços de sociabilidade já que se tornaram pessoas estranhas.

Nesse sentido, é importante apontar para a dupla responsabilidade do Estado: primeiro em promover a separação; depois, em incentivar as crianças que se tornaram adultas a voltarem ao convívio dos seus pais, sem nenhum acompanhamento técnico que promovesse a reinserção social entre pais e filhos. A separação familiar trouxe prejuízos incalculáveis na vida dessas pessoas.

Os Filhos Separados foram privados dos primeiros organizadores sociais adquiridos nos primeiros meses de vida já que eram isolados nas instituições de acolhimento. A falta desses organizadores sociais, principalmente da figura que representasse o papel da mãe, distribuindo afeto, carinho e amor para essas crianças, provocaram traumas e sequelas graves, em comparação com crianças que não foram separadas ao nascerem.
Em suas narrativas os participantes dessa pesquisa, evidenciavam os castigos físicos e outras formas de violência que podem ser traduzidas em atrocidades praticadas contra crianças que estavam sob a tutela do Estado. Abuso sexual assunto ainda tabu em nossa sociedade, foram relatados com frequência pelos nossos interlocutores, sendo impossível dimensionar o tamanho real desse problema nessas instituições de acolhimento.

A luta por uma legislação que recupere parcialmente os erros políticos e sanitários e a esperança em receber a indenização mensal e vitalícia, pode se tornar elemento importante na superação dos traumas do passado. Com o reconhecimento feito pelo poder executivo nacional e o início do pagamento das pensões, se cria nova possibilidade jurídica de discussão, agora sobre perca do objeto pretendido por via judicial de caráter indenizatório, das ações ingressadas no plano individual e coletivo. No sentido contrário, aqueles que não conseguirem por via administrativa a pensão especial, terão na esfera judicial federal, nova possibilidade de conseguir êxito em seu pedido.

[Sumário]

As análises identificaram que a intervenção estatal influenciou e ainda influencia na construção social das identidades, no modo de vida e nos vínculos afetivos e parentesco, produzindo consequências psicológicas e sociais traumáticas na vida dos interlocutores, as quais interferem nos projetos futuros, na inserção no mercado de trabalho e na constituição de estruturas familiares.

Concluímos destacando que as políticas públicas indenizatórias possibilitam uma melhor qualidade de vida na esfera material, mas se mostram incapazes de sanar o conjunto de mazelas sociais adquiridas por imposição do estado a esse grupo de pessoas.

[Sumário]

Referências

BETIM. Prefeitura Municipal. Cadernos da memória: Patrimônio Cultural de Betim. Fundação Artístico Cultural de Betim – FUNARBE. Organização de Ana Cláudia Gomes; colaboração de Adriana de Araújo Lisboa e Otília Sales Neta et al. Betim: Paulinelli, 2010. Caderno da Memória Patrimônio Cultural da Regional Citrolândia; n. 4.

BÍBLIA. Português. A Bíblia Sagrada: Antigo e Novo Testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição rev. e atual. no Brasil. Brasília: Sociedade Bíblia do Brasil, 1969.

BRASIL. Decreto nº 16.300, de 31 de dezembro de 1923. Aprova o regulamento do Departamento Nacional de Saúde Publica. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16300-31-dezembro-1923-503177-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 8 set. 2018.

BRASIL. Decreto nº 5.156, 8 de março de 1904. Dá novo regulamento aos serviços sanitários a cargo da União. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-5156-8-marco-1904-517631-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 8 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.520, de 18 de setembro de 2007. Dispõe sobre a concessão de pensão especial às pessoas atingidas pela hanseníase que foram submetidas a isolamento e internação compulsórios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/L11520.htm. Acesso em: 8 fev. 2024.

BRASIL. Lei nº 5.511, de 15 de outubro de 1968. Submete a Campanha Nacional Contra a Lepra ao regime previsto na Lei nº 5.026, de 14 de junho de 1966, e dá outras providências. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-27124-1-setembro-1949-379230-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. Lei nº 610, de 13 de janeiro de 1949. Fixa normas para a profilaxia da lepra. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-27124-1-setembro-1949-379230-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. Senado Federal. Portaria nº 165, de 14 de maio de 1976. Disponível em: ftp://ftp.saude.sp.gov.br/ftpsessp/bibliote/informe_eletronico/2011/iels.jul.11/Iels122/E_PL-673_2011.pdf. Acesso em: 8 set. 2018.

BRASIL. Decreto nº 76.078, de 4 de agosto de 1975. Altera a denominação de órgãos do Ministério da Saúde e dá outras providências. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-76078-4-agosto-1975-424627-norma-pe.html. Acesso em: 8 set. 2018.

BRASIL. Decreto nº 5.156, 8 de março de 1904. Dá novo regulamento aos serviços sanitários a cargo da União. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-5156-8-marco-1904-517631-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 8 set. 2018.

[Sumário]

BRASIL. Senado Federal. Portaria nº 165, de 14 de maio de 1976. Disponível em: ftp://ftp.saude.sp.gov.br/ftpsessp/bibliote/informe_eletronico/2011/iels.jul.11/Iels122/E_PL-673_2011.pdf. Acesso em: 8 set. 2018.

CAMPOS, Pautilia Paula de Oliveira; FLORES, Thiago Pereira da Silva. Cadernos do Morhan: “Filhos Separados”. [2012]. Disponível em: http://www.morhan.org.br/views/upload/cadernosmorh8.pdf. Acesso em: 30 set. 2022.

CASTRO, Manuela. A praga. São Paulo: Geração Editorial, 2017.

CONGRESSO NACIONAL. Projeto de Lei nº 2.104/2011. Altera o § 1º do art. 1º da Lei nº 11.520, de 18 de setembro de 2007. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node094ogv3ykdmvf1f6oju2xwwax24712405.node0?codteor=912517&filename=PL+2104/2011. Acesso em: 10 ago. 2022.

CURI, Luciano Marcos. Lepra e preventórios no Brasil: a educação a serviço do “bem”. Evidência: olhares e pesquisa em saberes educacionais. Uniaraxá, ano II, n. 2, p. 149-179, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do Direito de Família. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil: teoria geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FLORES, Thiago Pereira da Silva. Os equívocos que se repetem: um estudo etnográfico sobre os efeitos da internação compulsória para tratamento da hanseníase e a legislação que determina a mesma medida para os usuários de crack. 2018. 199 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

FLORES, Thiago Pereira da Silva. Laços rompidos: um estudo sobre a separação de pais e filhos na história da hanseníase. Belo Horizonte, 2022.266 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022.

FONSECA, Claudia. A fabricação estatal da indiferença parental: agruras da reintegração familiar. Revista de Ciências Sociais – Política e Trabalho, n. 43, p. 19-35, jul./dez. 2015. Disponível em: https://periodicos.ufpb.br/index.php/politicaetrabalho/article/view/24658. Acesso em 15 de agosto de 2021.

GOMIDE, Leila Reguna Scalia. Órfãos de pais vivos: a lepra e as instituições preventoriais no Brasil: estigmas, preconceito e segregação. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 1991.

[Sumário]

LARA, Maria do Carmo. Aposentadoria para os ex-portadores de hanseníase: uma publicação do mandato popular da Deputada Federal Maria do Carmo Lara. Betim, 2008.

LIMA, José Jerônimo de Azevedo. A lepra no Brasil. In: SOUZA ARAÚJO, Heráclides César de. A história da lepra no Brasil. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1946. v. 3. p. 66-74.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Comentários ao código civil. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003. v. 6.

MACIEL, L. R. Em proveito dos sãos, perde o Lázaro a liberdade: uma história das políticas públicas de combate à lepra no Brasil (1941-1962). 2007. Tese (Doutorado em Historia Social) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2007. Disponível em: file:///C:/Users/Cliente/Downloads/Em_proveito_dos_saos_perde_o_lazaro_a_li.pdf. Acesso em: 25 jul. 2020.

MARCILIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada na história do Brasil: 1726-1950. In: FREITAS, M. (org.). História social da infância no Brasil. São Paulo: Cortez, 1997.

MARICATO, Glaucia. Entre uma nova epidemia e uma velha endemia: notas sobre as ações dos movimentos de pessoas atingidas pela hanseníase ao longo da pandemia da COVID-19. Cadernos de Campo, 29(supl.), p. 163-172, 2020. Disponível em: https://doi.org/10.11606/issn.2316-9133.v29isuplp163-172. Acesso em: 10 out. 2021.

MINAS GERAIS. Decreto nº 47.560, de 13 de dezembro de 2018. Com o objetivo de cumprir as determinações acerca do pagamento de indenização aos filhos segregados de pais com hanseníase submetidos à política de isolamento compulsório no estado de Minas Gerais. Disponível em: https://www.saude.mg.gov.br/component/gmg/page/1766-requerimento-de-solicitacao-de-indenizacoes-aos-filhos-segregados-de-pais-com-hanseniase. Acesso em: 17 mar. 2019.

MINAS GERAIS. Lei nº 23.137, de 10 de dezembro de 2018. Dispõe sobre o pagamento de indenização aos filhos segregados de pais com hanseníase submetidos à política de isolamento compulsório em Minas Gerais. Disponível em: https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=23137&comp=&ano=2018. Acesso em: 17 mar. 2019.

MONTEIRO, Yara Nogueira. Da maldição divina a exclusão social: um estudo da hanseníase em São Paulo. Volumes I e II. São Paulo. Tese (Doutorado em História Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1995.

MONTEIRO, Yara Nogueira. Violência e profilaxia: os preventórios paulistas para filhos de portadores de hanseníase. Revista Saúde e Sociedade, v. 7, n. 1, p. 3-26, 1998.

OLIVEIRA, T. Nascidos depois. 2. ed. São Paulo: Scortecci Editora, 2015.

[Sumário]

RIO DE JANEIRO. Lei nº 9.732, de 21 de junho de 2022. Obriga o Estado do Rio de Janeiro a reparar as vítimas da segregação parental decorrente da política sanitária de contenção da hanseníase. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=433035. Acesso em: 10 jul. 2022.

SAVASSI, L. C. M. et al. Abordagem da hanseníase na atenção primária a saúde. In: PROMEF – Programa de Atualização em Medicina de Família e Comunidade. 14. ed. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2019. v. 3.

SESSAREGO, Carlos Fernández. Existe um daño al proyecto de vida? In: VÁRIOS AUTORES, Scritti in onore di Guido Gerin. Padova: Cedan, 1996.

SOUZA, Inhana Olga Costa. Sequestro, cárcere, alienação e violência: a vida dos filhos de pacientes de hanseníase segregados nos preventórios brasileiros. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Medicina Preventiva e Social, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.

SOUZA, Lilian Angélica da Silva. Retratos de uma política pública: memórias de infâncias violadas Brasil e Portugal. Curitiba: Editora CRV, 2019.

STJ – Superior Tribunal de Justiça. Processo 5024703-73.2015.4.04.7100. Filhos de pais com hanseníase. 2018. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/794987797/agravo-em-recurso-especial-aresp-1562507-rj-2019-0237277-4/decisao-monocratica-794987806?ref=serp. Acesso em: 11 nov. 2019.

VELLOSO, A. M. P.; ANDRADE, V. Hanseníase: curar para eliminar. Porto Alegre: Edição das Autoras, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: volume 6: direito de família. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. xiii, 512 p. (Coleção Direito Civil; 6).

VIRMOND, M. Leprosy as a low prevalence disease. Hansen. Int., v. 20, n. 2, p. 36-45. 1995.

[Sumário]

Artigo

Aplicação da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelos Tribunais Federais Brasileiros

Application of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights by Brazilian Federal Courts

Vinicius Cobucci
Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais
Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa
Juiz Federal
Ex-Defensor Público Federal

Carla Volpini Ribeiro Silva
Doutora em Direito Público e Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG)
Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)
Pesquisadora do Centro de Excelência Jean Monnet da UFMG
Chefe do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFMG

[Sumário]

Aplicação da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelos Tribunais Federais Brasileiros

Application of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights by Brazilian Federal Courts

Resumo: O presente artigo pretende estudar a aplicação da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) pelos tribunais federais brasileiros. Por meio do método dialético, são realizados estudos de casos. Inicialmente, é analisada a jurisprudência da CIDH em relação à Lei n. 6.683/79, conhecida como Lei da Anistia, e como é compreendida pelos tribunais regionais federais e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), especialmente ante o julgamento da ADPF n. 153/DF pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Em seguida, é analisada a jurisprudência da CIDH relativa à imprescritibilidade do crime de redução à condição análoga ao trabalho escravo e sua aplicação pelas cortes federais brasileiras. O trabalho conclui que há duas orientações diametralmente opostas, visto que, no primeiro caso, há negativa da aplicação da jurisprudência reiterada da CIDH, ao passo que, no segundo caso, houve adesão espontânea ao seu posicionamento. Considerada a importância do controle de convencionalidade, ressaltada pelo próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o estudo conclui que não há fundamento jurídico razoável para a negativa de aplicação da jurisprudência da CIDH quanto à Lei de Anistia. Os tribunais regionais federais e o STJ devem rever sua jurisprudência, independentemente de revisão do posicionamento pelo STF, ante a autonomia do controle de convencionalidade, o qual pode ser exercido de forma difusa pelos órgãos jurisdicionais brasileiros, tal como preconizado pelo CNJ.

Palavras-chave: Controle de Convencionalidade; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Lei de Anistia; Trabalho Escravo; Justiça Federal

Abstract: This paper intends to study the application of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) by Brazilian federal courts. Through the dialectical method, case studies are developed. Firstly, the article analyses how IACHR opinions regarding Law n. 6.683/79, known as the Amnesty Law, are understood by federal regional courts and the Superior Court of Justice, especially in view of the ruling by the Brazilian Federal Supreme Court in ADPF n. 153/DF. Thereafter, the paper analyses how IACHR opinions regarding the imprescriptibility of slavery are applied by Brazilian federal courts. The study concludes that there are two opposed orientations, since, in the first case, there is a refusal to apply the IACHR jurisprudence, whereas, in the second case, there was spontaneous adherence to the IACHR opinion. Considering the importance of conventionality control, highlighted by the National Council of Justice itself, the study concludes that there is no reasonable legal basis for refusing to apply the jurisprudence of the IACHR regarding the Amnesty Law. Brazilian federal courts must review their jurisprudence, regardless of the review by the Supreme Court, given the autonomy of conventionality control, which can be exercised in a diffuse manner by Brazilian jurisdictional bodies, as recommended by the National Council of Justice.

Keywords: Conventionality Control; Inter-American Court of Human Rights; Amnesty Law; Slavery; Federal Court

[Sumário]

Introdução

Em 2008, no julgamento do RE n. 349703/RS, o Supremo Tribunal Federal (STF) fixou a tese de que tratados internacionais sobre direitos humanos possuem status supralegal, isto é, abaixo da norma constitucional, mas hierarquicamente superiores à legislação ordinária. Caso seja adotado o procedimento previsto no artigo 5o, § 3o da Constituição da República, os tratados internacionais de direitos humanos assim ratificados terão força de emenda constitucional.

Neste julgado, o STF entendeu que a Constituição da República se sobrepõe aos atos internacionais, de modo que uma disposição constitucional como a previsão da prisão civil do depositário infiel no art. 5o, inciso LXVII não foi revogada em razão da adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Para o STF, o dispositivo constitucional deixou de ser aplicável, pois houve o efeito paralisante em relação à legislação infraconstitucional que disciplinava a matéria (Brasil, 2008). Segundo Mazzuoli (2010, p. 65-66), foi instituído um novo parâmetro de controle da legislação infraconstitucional, a qual deve se adequar não apenas mais à Constituição como também os tratados supralegais, fenômeno jurídico denominado controle de convencionalidade.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem reforçado a importância da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Recentemente, por meio de sua Resolução n. 364, de 12 de janeiro de 2021, e alterada pela Resolução n. 544, de 11 de janeiro de 2024, foi instituída a Unidade de Monitoramento e Fiscalização das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (UMF/CNJ). Entre suas principais atribuições estão a criação e manutenção de banco de dados com decisões do Sistema em relação ao Brasil e a adoção de providências para monitorar e fiscalizar as medidas adotadas pelo Poder Público para o cumprimento de decisões. Referida resolução também determinou a criação de UMFs locais pelos demais tribunais de segundo grau e superiores.

Em 2022, o CNJ editou a Recomendação n. 123, de 07 de janeiro de 2022, pela qual recomenda aos órgãos do Poder Judiciário: a) a observância dos tratados de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH); b) a realização do controle de convencionalidade das leis internas; c) priorização do julgamento dos processos em tramitação relativos à reparação das vítimas de violações a direitos humanos determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em condenações envolvendo o Estado brasileiro e que estejam pendentes de cumprimento integral.

Considerada a importância da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a jurisprudência da CIDH, reconhecida pelo CNJ, o presente trabalho tem como objetivo estudar os limites e extensão da aplicação da referida convenção, por meio do controle de convencionalidade, e da jurisprudência da CIDH pelos órgãos da Justiça Federal brasileira.

[Sumário]

O estudo se justifica porque o Supremo Tribunal Federal decidiu, até o presente momento, de forma contrária à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que se refere à aplicação da Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979, conhecida como Lei da Anistia. Em síntese, esta lei concedeu anistia a quem cometeu crimes políticos ou conexos com estes, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Em 29 de abril de 2010, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF o STF entendeu que a lei em questão está integrada na nova ordem constitucional de 1988 (Brasil, 2010). A CIDH, por sua vez, em duas oportunidades se pronunciou no sentido de que a lei em questão viola direitos humanos das vítimas, nos casos Lund Gomes (CIDH, 2010) e Herzog (CIDH, 2018).

Como será analisado ao longo deste trabalho, a jurisprudência dos tribunais federais acompanha o entendimento firmado na ADPF n. 153/DF no que se refere à aplicação da Lei n. 6.683/79. Por outro lado, os tribunais federais têm aplicado o entendimento da CIDH pela imprescritibilidade do crime de escravidão no julgamento do caso Fazenda Verde (CIDH, 2017).

O trabalho pretende analisar a fundamentação das decisões das cortes federais a fim de verificar se há justificativa para adoção de posições conflitantes - negação e aplicação da jurisprudência da CIDH -, especialmente à luz do posicionamento do CNJ acima demonstrado, no sentido de reforço da aplicação da jurisprudência da CIDH. Para tanto, foram selecionados julgados oriundos de tribunais regionais federais e do Superior Tribunal de Justiça pela aplicação da Lei da Anistia e negação da jurisprudência da CIDH e pela declaração da imprescritibilidade do trabalho escravo, com base na jurisprudência da CIDH. O método utilizado é o dialético, pois é preciso confrontar os posicionamentos exarados, em relação aos parâmetros de controle de convencionalidade e constitucionalidade, e entre as decisões das cortes federais entre si.

O trabalho será estruturado da seguinte forma. Primeiramente, será exposto o posicionamento da CIDH em cada um dos casos de estudo, seguido da análise da jurisprudência das cortes federais em relação ao parâmetro de convencionalidade e de constitucionalidade. Estudados os dois casos, será realizada a análise comparativa e dialética das fundamentações a fim de verificar as congruências e divergências, tendo como parâmetro a importância do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, tal como reconhecida pelo CNJ.

[Sumário]

Aplicação da Lei n. 6.683/79 e Casos Lund Gomes e Herzog

O objetivo da presente análise não perpassa o conteúdo integral dos precedentes da CIDH acima mencionados, tampouco todas as violações a direitos humanos discutidas pela CIDH. O recorte efetuado se refere somente à aplicação da Lei n. 6.683/79 pelo Brasil como forma de não se permitir a investigação e punição de atos que podem constituir alegadas violações de direitos humanos durante o período da Ditadura Militar e se esta negativa de investigação e punição constitui em si uma violação autônoma a direitos humanos. Sob esta perspectiva, é preciso analisar primeiramente a competência da CIDH para apreciação dos fatos.

No caso Lund Gomes, o Brasil alegou a incompetência da CIDH para examinar as violações ocorridas antes do reconhecimento da competência da Corte, a qual seria competente para apreciar os fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998. O Brasil também reconheceu a competência da CIDH para violações continuadas ou permanentes, mesmo se iniciadas antes do reconhecimento, mas frisou que não há competência para conhecer de detenções, torturas e execuções extrajudiciais ocorridas até 10 de dezembro de 1998 (CIDH, 2010, p. 12).

A CIDH, por sua vez, entendeu que possui jurisprudência pacífica pela sua competência para julgar atos de caráter contínuo ou permanente durante todo o tempo em que o fato se mantém desconforme com a obrigação internacional. Para a CIDH, o desaparecimento forçado de pessoas foi reconhecido de maneira reiterada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, segundo o qual o desaparecimento tem início com a privação de liberdade da vítima e se prolonga até quando não se conheça o seu paradeiro e os fatos não tenham sido elucidados (CIDH, 2010, p. 17). A CIDH entendeu pela sua competência para os fatos que ocorreram ou persistiram a partir de 10 de dezembro de 1998 (CIDH, 2010, p. 18).

Em suas alegações defensivas, o Brasil suscitou o entendimento firmado pelo STF no julgamento da ADPF n. 153/DF. A CIDH, ao avaliar o argumento, entendeu é possível a análise da atuação de órgãos judiciais, caso se verifique a possibilidade de uma violação de direitos humanos. No caso em questão, entendeu que não lhe foi solicitada a apreciação da referida lei em relação à Constituição brasileira, mas sim a realização do controle de convencionalidade, isto é, se a lei é compatível ou não com a Convenção Americana (CIDH, 2010, p. 49).

Afastadas estas exceções, no mérito, a CIDH entendeu que o desaparecimento forçado de pessoas é uma violação múltipla da Convenção Americana (CIDH, 2010, p. 103). Este delito constitui uma violação grave dos direitos humanos e a sua proibição alcançou o caráter de jus cogens (CIDH, 2010, p. 105). Por consequência, há o dever estatal de investigar e punir estas graves violações (CIDH, 2010, p. 137), obrigação esta afirmada por todos os órgãos dos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos (CIDH, 2010, p. 141).

Desta forma, a CIDH compreende que as anistias ou figuras análogas são alegações frequentes por Estados para afastarem o dever de investigação e punição dos responsáveis pela violação de direitos humanos. No entanto, tanto a CIDH como outros órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos entendem que a anistia e figuras correlatas são incompatíveis com o Direito Internacional e as obrigações internacionais dos Estados (CIDH, 2010, p. 147).

[Sumário]

A CIDH concluiu que a Lei de Anistia violou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos. Ao impedir que os familiares das vítimas fossem ouvidos por um juiz, a referida lei implicou violação ao artigo 8.1 da Convenção Americana e também violou o direito à proteção judicial previsto no artigo 25. A falta de investigação persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis também implicou violação ao artigo 1.1. Todo este cenário configura o descumprimento da obrigação prevista no artigo 2, segundo a qual o Estado deve adequar o seu direito interno à Convenção (CIDH, 2010, p. 172).

Quanto ao julgamento da ADPF n. 153/DF, a CIDH entendeu que o STF não efetuou o controle de convencionalidade e desconsiderou as obrigações internacionais do Brasil oriundas do Direito Internacional. Esta obrigação de cumprir as obrigações voluntariamente contraídas é um princípio elementar do Direito Internacional em relação à responsabilidade internacional dos Estados. O artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, em seu artigo 27, declara que os Estados não podem descumprir obrigações internacionais com alegações de direito interno. Todos os órgãos e poderes nacionais devem cumprir os acordos internacionais (CIDH, p. 177).

Segundo Oliveira (2018, p. 390), a decisão da CIDH afasta mecanismos criados por Estados de exceção, com o objetivo de não punir seus agentes. Para o autor, a CIDH não admite leis de autoanistia, pois o seu objetivo é a impunidade e são contrárias ao Direito, de modo que, apesar de comuns na América do Sul, estas leis de anistia não funcionam adequadamente para a justiça de transição e não se coadunam com o fundamento do instituto, isto é, esquecimento como forma de promover a paz social.

De acordo com Silva e Júnior (2015, p. 621), a justiça de transição pode ser compreendida como um conjunto de medidas de caráter político e jurídico, que visam à reparação dos danos sofridos durante o regime de exceção pelo regime democrático superveniente (2015, p. 621). Para Oliveira (2018, p. 392), o julgamento do STF foi inconsistente, frágil e incoerente com o julgamento da CIDH. Silva e Júnior (2015, p. 621) entendem que as decisões do STF limitam a possibilidade de uma justiça real e de efetiva proteção aos direitos humanos durante o período de repressão. Desta forma, concluem os autores que é inaceitável o posicionamento do STF que não levou em conta o futuro e apenas o passado, com a desconsideração do compromisso com a ética, verdade e prevalência dos direitos humanos, em conformidade com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Em 2018, a CIDH adotou o mesmo posicionamento no Caso Herzog. Ao tratar da competência, a CIDH afirmou que, no transcurso de um processo investigativo ou judicial podem ocorrer violações específicas e autônomas. Assim, a CIDH pode julgar violações de direitos humanos relacionadas à investigação ocorrida após o recolhimento da competência do tribunal, ainda que este processo tenha dito início antes do reconhecimento de tal competência (CIDH, 2018, p. 28).

Ao enfrentar novamente a alegação referente à ADPF n. 153/DF, a CIDH entendeu que a jurisdição internacional tem caráter coadjuvante e complementar e não um tribunal de quarta instância (CIDH, 2018 p. 81). Não se trata aqui de reavaliar o posicionamento do STF, em que houve a avaliação da Lei de Anistia em relação à Constituição, mas sim e avaliar a sua conformidade com a Convenção Americana e o Direito Internacional (CIDH, 2018, p. 83).

[Sumário]

Para a CIDH, desaparecimentos forçados, assassinatos e atos de tortura, como os praticados durante a ditadura, são crimes contra a humanidade e são imprescritíveis conforme a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e contra a Humanidade, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 26 de novembro de 1968, de caráter declarativo, pois apenas acolhe um princípio de direito internacional vigente anteriormente à sua aprovação (CIDH, 2018, p. 214). Os crimes contra a humanidade são crimes de Estado, pois praticados por agentes estatais, e são elementos integrantes de uma ação política coordenada contra um grupo específico de pessoas, por meio de assassinatos, torturas e outros crimes praticados contra civis (CIDH, 2018, p. 222).

A proibição dos crimes contra a humanidade é jus cogens, o que implica a obrigação de os Estados evitarem sua ocorrência e, caso ocorram, é dever dos Estados punir os responsáveis (CIDH, 2018, p. 230). Como consequência, os Estados não podem invocar prescrição, ne bis in idem, leis de anistia ou qualquer disposição excludente de responsabilidade (CIDH, 2018, p. 232).

No caso Herzog, entendeu a CIDH que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais estatais que enceraram as investigações em 2008 e 2009. Da mesma forma, reiterou o posicionamento anterior de que a decisão do STF não levou em consideração as obrigações internacionais do Brasil, com violação ao artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Todos os órgãos, inclusive judiciais, devem cumprir as obrigações internacionais (CIDH, 2018, p. 311).

Neste julgamento, a CIDH afirmou que o Brasil não pode aplicar uma excludente de responsabilidade a este caso e outros similares e deve adotar medidas para reconhecimento inequívoco da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade (CIDH, 2018, p. 376). No caso Lund Gomes, afirmou que o Brasil não poderá aplicar a Lei da Anistia ou outra cláusula excludente de responsabilidade para se eximir da obrigação de determinar os autores materiais e intelectuais dos crimes (CIDH, 2010, p. 256).

Em síntese, nos dois casos, a CIDH não avaliou diretamente a violação aos direitos humanos decorrentes dos atos praticados no regime militar. A negativa de investigação e punição destes fatos correspondem a uma nova violação autônoma de direitos humanos. Como a anistia é incompatível com a Convenção Americana e demais disposições de Direito Internacional, de caráter jus cogens, estes fatos podem - e devem - ser investigados a qualquer tempo.

Existe uma segunda ADPF em trâmite no STF, a ADPF n. 320/DF proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), distribuída ao Ministro Luiz Fux, com parecer parcialmente favorável à procedência da ação:

> É admissível arguição de descumprimento de preceito fundamental contra interpretações judiciais que, contrariando o disposto na sentença do caso GOMES LUND E OUTROS VERSUS BRASIL, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, declarem extinta a punibilidade de agentes envolvidos em graves violações a direitos humanos, com fundamento na Lei da Anistia (Lei 6.683/1979), sob fundamento de prescrição da pretensão punitiva do Estado ou por não caracterizarem como crime permanente o desaparecimento forçado de pessoas, ante a tipificação de sequestro ou de ocultação de cadáver, e outros crimes graves perpetrados por agentes estatais no período pós-1964 (…) A República Federativa do Brasil,

[Sumário]

> de maneira soberana e juridicamente válida, submeteu-se à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), mediante convergência dos Poderes Legislativo e Executivo. As decisões desta são vinculantes para todos os órgãos e poderes do país. O Brasil promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) por meio do Decreto 678/1992. Com o Decreto 4.463/2002, reconheceu de maneira expressa e irrestrita como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte IDH em todos os casos relativos à interpretação e aplicação da convenção. O artigo 68(1) da convenção estabelece que os Estados-partes se comprometem a cumprir a decisão da Corte em todo caso no qual forem partes. (…) Para negar eficácia à Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou às decisões da Corte IDH, seria necessário declarar inconstitucionalidade do ato de incorporação desse instrumento ao Direito interno. Disso haveria de resultar denúncia integral da convenção, na forma de seu art. 75 e do art. 44(1) da Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados (Decreto 7.030/2009). (…) Instrumentos internacionais, a doutrina e a jurisprudência de tribunais de direitos humanos e cortes constitucionais de numerosos países reconhecem que delitos perpetrados por agentes estatais com grave violação a direitos fundamentais constituem crimes de lesa-humanidade, não sujeitos à extinção de punibilidade por prescrição. Essas categorias jurídicas são plenamente compatíveis com o Direito nacional e devem permitir a persecução penal de crimes dessa natureza perpetrados no período do regime autoritário brasileiro pós-1964 (Brasil, 2014).

Para Silva e Júnior (2015, p. 625-626), a ADPF n. 320/DF é a oportunidade de exercer o controle de convencionalidade em relação à Lei de Anistia e readequar sua jurisprudência à CIDH, com o efetivo resgate da justiça de transição.

A jurisprudência majoritária dos tribunais federais é contrária aos julgados dos Casos Lund Homes e Herzog e rechaça por completo a possibilidade de investigação de tais crimes.

Em 2013, portanto, após o julgamento do caso Lund Gomes, o Tribunal Regional Federal da 3a Região (TRF3) entendeu que a "denúncia que não pode ser recebida em respeito à ordem jurídico-penal que estabelece como causas de extinção da punibilidade a prescrição e também a anistia” (Brasil, 2013a). Para o TRF3, haveria a criação judicial de uma hipótese de imprescritibilidade, com afronta à segurança jurídica e os fatos teriam ocorrido antes do reconhecimento da competência da CIDH, em 1998.

É fácil compreender que o TRF3 desconsiderou por completo o entendimento da CIDH e não levou em conta os argumentos distintos apresentados pela referida corte, ou seja, a imprescritibilidade de um crime contra a humanidade decorre do Direito Internacional e o Estado não pode alegar anistia em crimes desta natureza. Os atos praticados na ditadura são crimes contra a humanidade, visto que houve a repressão estatal organizada contra civis determinados.

Também em 2013, o Tribunal Regional Federal da 2a Região adotou entendimento similar:

> A Lei da Anistia (Lei nº 6.683/79) tem plena aplicabilidade no caso concreto, já que os indícios dão conta de que o homicídio se consumou muito antes de 15/08/1979, termo final para alcance dos fatos anistiados, sendo certo que a constitucionalidade do aludido diploma foi reconhecida pelo STF por ocasião do julgamento da ADPF nº 153. VII- A decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos prolatada quando do julgamento do caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia), em que o Tribunal concluiu que o Brasil foi o responsável pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas, ocorrida entre os anos de 1972 e

[Sumário]

> 1974, não tem eficácia na espécie, eis que além de ter analisado os desaparecimentos ocorridos apenas naquele contexto, o Brasil só reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana em 03 de dezembro de 1998, pelo Decreto Legislativo nº 89/98, indicando que aquele Tribunal teria competência apenas para os fatos posteriores. VIII- Rejeição da denúncia que deve ser mantida. Recurso desprovido. (Brasil, 2013b).

Em 2016, o TRF3 reiterou o mesmo posicionamento para rejeitar a denúncia com a imputação de crime também cometido durante a ditadura militar:

> Não consta que a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos tenha obliterado a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Nestes autos, aquela é meramente citada sem que se identifiquem efetivamente seus efeitos para a economia deste processo, isto é, em que medida seus efeitos criam, extinguem ou modificam direitos de caráter processual ou de direito material no que respeita ao regular andamento da ação penal. Em princípio, o juiz goza de independência no âmbito de sua função jurisdicional, cumprindo-lhe aplicar a lei ao caso concreto mediante o exercício de seu entendimento, segundo o Direito. Essa atividade somente é obstruída em decorrência de decisão que tenha a propriedade de substituir ou, de qualquer modo, reformar sua decisão. Os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil não afetam esse pressuposto, que de resto é facilmente compreensível. Nem é preciso maiores digressões, pois o fenômeno é, na sua natureza, idêntico ao que ocorre no âmbito das obrigações assumidas pelo Brasil no âmbito interno. Daí que não há razão, de caráter processual, para não guardar a tradicional reverência ao julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal. 4. Anistia aplicável ao delito de homicídio referido na denúncia. 5. A prática do crime do art. 211 do Código Penal em sua modalidade "destruir" demanda a mesma conclusão atinente ao delito de homicídio, por plenamente incidentes as disposições da Lei n. 6.683, de 28.08.79. 6. A mera natureza permanente do crime de ocultação de cadáver não faz ressurgir a pretensão punitiva. Pois nos crimes permanentes há de subsistir a atividade criminosa ao longo do tempo. A denúncia, contudo, não fundamenta seu pedido condenatório em uma suposta ulterior atividade criminosa que, por si mesma, teria feito surgir (ou, o que dá no mesmo, subsistir) a pretensão punitiva. Daí que aqueles fatos foram efetivamente abrangidos pela anistia. 7. O Código Penal, art. 111, III, diz que, nos crimes permanentes, a prescrição começa a correr "do dia em que cessou a permanência". Assim, subsistindo a tipificação do fato, fenômeno que ocorre por causa da atividade delitiva do agente, resulta evidente que não está a correr o prazo prescricional. Não há referência à atividade criminosa dos agentes posterior à Lei da Anistia que poderia - como se pretende - postergar o início da fluência do prazo prescricional. Contudo, a própria aplicação desse dispositivo fica prejudicada na medida em que, por oura razão, já não há mais pretensão punitiva passível de ser extinta pela prescrição. 8. Recurso não provido (Brasil, 2016).

O Tribunal Regional Federal da 1a Região acompanhou o entendimento exposto pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual será analisado adiante, e alegou que o STF entende que crimes contra a humanidade não são imprescritíveis, pois o brasil não aderiu à Convenção da ONU sobre Crimes de Guerra (Brasil, 2021).

Os acórdãos acima não levaram em consideração os fundamentos das decisões da CIDH, especialmente a vinculação dos órgãos jurisdicionais brasileiros aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Ao contrário, optou-se por uma obediência ao entendimento firmado pelo STF, muito embora o julgado da CIDH tenha sido posterior. Da mesma forma, a característica da permanência foi mal compreendida pelo acórdão acima. A CIDH não considera permanente o crime contra a humanidade praticado durante o regime

[Sumário]

militar, o qual é imprescritível, como visto. A permanência se refere à violação de direitos humanos pela ausência da identificação do paradeiro da vítima e punição dos responsáveis. Esta segunda violação é autônoma. O posicionamento dos TRFs violou disposições de direito internacional e de direitos humanos, ao negar a investigação como determinado pela CIDH.

O Superior Tribunal de Justiça também afastou a possibilidade de investigação e punição de delitos praticados durante a ditadura:

> 5. Os fatos, ocorridos em 30/4/1981, estão albergados pela anistia trazida no art. 4º, § 1º, da EC n. 26/1985, promulgada pela própria Assembleia Nacional Constituinte, a qual reafirmou a Anistia de 1979. Não se pode descurar, ademais, que a Lei n. 6.683/1979 foi considerada constitucional pelo STF, no julgamento da ADPF n. 153/DF, embora estejam pendentes de julgamento embargos de declaração. (…) Nessa linha de entendimento, cabe ao STF verificar os efeitos da decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs Brasil, bem como no Caso Herzog e outros vs Brasil, com a consequente harmonização da jurisprudência relativa à Lei de Anistia, o que é objeto também da ADPF n. 320/DF, da relatoria do eminente Luiz Fux. 6. Conclusão que não revela resistência ao cumprimento das decisões proferidas pela CIDH, ou reticência em exercer o controle de convencionalidade, porquanto a submissão à jurisdição da CIDH não prescinde da devida harmonização com o ordenamento pátrio, sob pena de se comprometer a própria soberania nacional. A soberania é fundamento da República Federativa do Brasil e justifica a Supremacia da CF na ordem interna. Dessa forma, o cumprimento das decisões proferidas pela CIDH não pode afrontar a CF, motivo pelo qual se faz mister sua harmonização, sob pena de se subverter nosso próprio ordenamento, negando validade às decisões do Supremo Tribunal Federal, em observância a decisões internacionais. 7. Mérito: O conceito de crime contra a humanidade se encontra positivado no art. 7º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, o qual foi adotado em 17/7/1998, porém apenas passou a vigorar em 1º/7/2002, sendo internalizado por meio do Decreto n. 4.388, de 25/9/2002. No Brasil, no entanto, ainda não há lei que tipifique os crimes contra a humanidade, embora esteja em tramitação o Projeto de Lei n. 4.038/2008. Diante da ausência de lei interna tipificando os crimes contra a humanidade, rememoro que o STF já teve a oportunidade de se manifestar no sentido de que não é possível utilizar tipo penal descrito em tratado internacional para tipificar condutas internamente, sob pena de se violar o princípio da legalidade - art. 5º, XXXIX, da CF (exemplo: tipo penal de organização criminosa trazido na Convenção de Palermo). Dessa maneira, não se mostra possível internalizar a tipificação do crime contra a humanidade trazida pelo Estatuto de Roma, mesmo se cuidando de Tratado internalizado por meio do Decreto n. 4.388, porquanto não há lei em sentido formal tipificando referida conduta. Ademais, cuidando-se de tratado que apenas passou a vigorar no Brasil em 25/9/2002, tem-se igualmente, na hipótese, o óbice à aplicação retroativa de lei penal em prejuízo do réu, haja vista o princípio constitucional da irretroatividade, previsto no art. 5º, XL, da CF. 8. A Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade é anterior aos fatos narrados. Contudo, não foi ratificada pelo Brasil, não foi internalizada nem como norma supralegal. Nada obstante, no presente julgamento se pretende demonstrar que sua observância independe de ratificação, por se tratar de norma jus cogens que, nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento da Ext. n. 1.362/DF, "é um costume internacional, respeitado e praticado" e, segundo o Ministro Luiz Fux, no mesmo julgamento, "talvez a melhor Corte para dizer se o jus cogens se aplica ou não é o Supremo Tribunal Federal". No referido julgamento, se considerou inaplicável o jus cogens, prevalecendo o entendimento no sentido de que a qualificação do crime como de lesa-humanidade não afasta a sua prescrição, uma vez que, conforme voto vencedor do saudoso Ministro Teori Zavascki, "somente lei interna (e não convenção internacional, muito menos aquela sequer subscrita pelo Brasil) pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta, legitimadora da regulação normativa concernente à prescritibilidade ou à imprescritibilidade da

[Sumário]

pretensão estatal de punir, ressalvadas, por óbvio, cláusulas constitucionais em sentido diverso, como aquelas inscritas nos incisos XLII e XLIV do art. 5º de nossa Lei Fundamental". 9. Ainda que se admita o jus cogens, na contramão do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Extradição n. 1.362/DF, o controle de convencionalidade exercido pelo STJ, com a finalidade de aferir se a legislação infraconstitucional está em dissonância com o disposto no tratado internacional sobre direitos humanos, deve se harmonizar com os princípios e garantias constitucionais. Com efeito, não se pode perder de vista que o tratado possui status supralegal, porém infraconstitucional, porquanto não internalizado nos termos do art. 5º, § 3º, da CF. Conclusão em sentido contrário violaria não apenas o disposto no referido dispositivo da Constituição da República, mas também a jurisprudência consolidada do STF sobre o status dos tratados sobre direitos humanos, bem como inviabilizaria o exame dos temas pelo STJ. 10. Considerando se estar diante de controle sobre Convenção admitida como jus cogens, entendo que sua observância na ordem jurídica interna, se legitima a partir do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, o qual dispõe que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Nesse contexto, diante do princípio da unidade da constituição - o qual impõe a necessidade de harmonização de eventuais contradições existentes entre as normas constitucionais -, bem como do princípio da máxima efetividade - que visa conferir a maior efetividade possível aos direitos fundamentais -, entendo que a observância aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos deve ser compatibilizada com os princípios constitucionais da legalidade e da irretroatividade. Assim, a aplicação da Convenção não poderia tipificar crimes nem alcançar fatos anteriores à Constituição de 1988, que legitimou sua aplicação, sob pena de revelar verdadeira afronta à própria soberania estatal e à supremacia da Constituição da República, subvertendo por completo o ordenamento jurídico pátrio e com malferimento de inúmeros outros direitos fundamentais, a pretexto de protegê-los. 11. Não se coaduna, igualmente, com a ordem constitucional vigente, admitir a paralisação da eficácia da norma que disciplina a prescrição, com o objetivo de tornar imprescrítiveis crimes contra a humanidade, por se tratar de norma de direito penal que demanda, da mesma forma, a existência de lei em sentido formal. Ademais, se deve igual observância ao princípio da irretroatividade. "A chamada 'Constituição Cidadã' busca a construção de uma sociedade livre e justa, conferindo amparo a um vasto rol de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Em um Estado de Direito, deve ser equilibrada pela lei a relação entre o Estado e os cidadãos, como forma de garantir que estes não serão vítimas do arbítrio do poder coercitivo estatal. Nesse sentido, a imprescritibilidade ameaça as garantias fundamentais de segurança jurídica e até mesmo da ampla defesa, pois submete o cidadão à eterna ameaça da repressão estatal, sem preocupar-se com os efeitos do tempo sobre os elementos probatórios que envolvem os fatos criminosos, sobre o acusado e sobre a repercussão social do crime". (CALIXTO, Clarice Costa. Portanto, não é possível tornar inaplicável o disposto no art. 107, IV, do CP (norma violadora e não violada), em face do disposto na Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, sob pena de se vulnerar o princípio constitucional da legalidade e da irretroatividade, bem como a própria segurança jurídica, com consequências igualmente graves, em virtude da mitigação de princípios relevantes à própria consolidação do Estado Democrático de Direito. 12. Conclusão: A admissão da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade como jus cogens não pode violar princípios constitucionais, devendo, portanto, se harmonizar com o regramento pátrio. Referida conclusão não revela desatenção aos Direitos Humanos, mas antes observância às normas máximas do nosso ordenamento jurídico, consagradas como princípios constitucionais, que visam igualmente resguardar a dignidade da pessoa humana, finalidade principal dos Direitos Humanos. Nesse contexto, em observância aos princípios constitucionais penais, não é possível tipificar uma conduta praticada no Brasil como crime contra humanidade, sem prévia lei que o defina, nem é possível retirar a eficácia das normas que disciplinam a prescrição, sob pena de se violar os princípios da legalidade e da irretroatividade, tão caros ao direito penal. 13. O não reconhecimento da imprescritibilidade

[Sumário]

> dos crimes narrados na denúncia não diminui o compromisso do Brasil com os Direitos Humanos. Com efeito, a punição dos denunciados, quase 40 anos após os fatos, não restabelece os direitos humanos supostamente violados, além de violar outros direitos fundamentais, de igual magnitude: segurança jurídica, coisa julgada material, legalidade, irretroatividade, etc. 14. Pedido Subsidiário: No que diz respeito à alegada ofensa aos arts. 347 e 348, ambos do CP, a argumentação trazida no recurso especial não encontra óbice ao seu conhecimento. Porém, a insurgência não merece prosperar. Com efeito, o recorrente pretende demonstrar que os crimes de fraude processual e de favorecimento pessoal têm natureza de crime permanente, motivo pelo qual o prazo prescricional, com relação ambos, ainda não teria se implementado. Contudo, é uníssona na doutrina, bem como na jurisprudência, a classificação dos referidos crimes como instantâneos, motivo pelo qual não é possível igualmente acolher o pleito subsidiário do recorrente. 15. Dispositivo: Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, improvido. (BRASIL, 2019).

Os argumentos do STJ não se sustentam. Primeiramente, o controle de convencionalidade não é monopólio do STF como afirma o julgado. Ao contrário, como visto no início deste trabalho, o CNJ tem ressaltado a importância do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e conclamado aos órgãos judiciais brasileiros a realizarem o controle de convencionalidade. A alegação de soberania nacional também não se justifica, pois, o próprio Direito Internacional há muito reconhece que não se pode alegar o direito interno para justificar o descumprimento de norma do direito das gentes, conforme reconhecido pela Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados. O Brasil pode até descumprir internamente uma norma de direito internacional, tal como o fez nos julgados em apreço, mas poderá responder internacionalmente.

Também não se sustenta a afirmação de que não há tipificação de crimes contra a humanidade no Brasil. Não há a exigência de um tipo formal prévio neste sentido. O tipo penal do direito interno pode variar. Trata-se de conteúdo material, ou seja, um crime praticado conforme o entendimento acima que apresente os seguintes elementos: planejamento e execução por agentes estatais contra civis como forma de uma política específica.

A alegação de harmonização com outros princípios e direitos constitucionais da legalidade e irretroatividade também não possui fundamento razoável. Esta interpretação coloca em primeiro plano o direito do agente que praticou o crime, isto é, o acusado, em detrimento do direito da coletividade lesada, que engloba um maior número de pessoas. Além disso, a irretroatividade se mantém. Os delitos de tortura, homicídio, entre outros observarão os tipos vigentes à época dos fatos. Em momento algum a CIDH defendeu entendimento no sentido da retroatividade do tipo penal. A legalidade também é respeitada. Afastam-se tão somente a anistia e a prescrição.

Como visto acima, a anistia é logicamente contrária à obrigação internacional de investigar e punir crimes contra a humanidade. Não se trata de critério jurídico e sim lógico. Não se pode perdoar, em sentido amplo, aquilo que obrigatoriamente deve ser investigado e punido.

[Sumário]

O entendimento do STJ privilegia os direito dos acusados em detrimento aos direitos das vítimas. O direito penal não deve servir apenas para regular os direitos dos acusados. A pena possui finalidades múltiplas, de natureza preventiva e repressiva, que visam a tutelar também direitos das vítimas. No julgamento dos casos Herzog e Lund, a CIDH demonstrou que várias cortes constitucionais afastaram a anistia em casos similares. Ao afirmar que "a punição dos denunciados, quase 40 anos após os fatos, não restabelece os direitos humanos supostamente violados, além de violar outros direitos fundamentais, de igual magnitude: segurança jurídica, coisa julgada material, legalidade, irretroatividade, etc.", o STJ comete nova violação autônoma dos direitos humanos.

A segurança jurídica foi violada quando da edição da Lei de Anistia, a qual foi concebida durante o período de ditadura. Caberia ao STF reconhecer a sua incompatibilidade com a Constituição de 1988, além da incompatibilidade com a Convenção Americana. De fato, o STF pode reputá-la constitucional, mas permitirá a responsabilização internacional do Brasil, pela nova violação de direitos humanos, como bem demonstrada pela CIDH no julgamento dos casos Lund Gomes e Herzog.

[Sumário]

O Trabalho Escravo e o Caso Trabalhadores da Fazenda Verde

Neste caso, também há uma questão temporal revelante. Desde 1989, o Estado brasileiro teria conhecimento da possível submissão de milhares de trabalhadores ao trabalho escravo, mas teria adotado as providências cabíveis para prevenção e repressão da prática. A CIDH entendeu que sua competência para examinar os fatos ocorridos após o reconhecimento da competência pelo Brasil, o que abarcaria os processos e investigações relacionados à fiscalização realizada em 1997 e os fatos relacionados à fiscalização de 2000 e os processo e investigações daí decorrentes (CIDH, 2018, p. 65 e 361).

A fiscalização de 1997 deu início a processos judiciais em trâmite quando do reconhecimento da competência da CIDH pelo Brasil em 1998. Em um destes processos criminais, houve o reconhecimento da prescrição. A CIDH, contudo, entendeu que "a prescrição é assim inadmissível quando assim dispõe o Direito Internacional" (CIDH, 2018, p. 412).

A CIDH entende que a escravidão e formas análogas são um delito de Direito Internacional e a sua proibição corresponde a uma norma de jus cogens. Desta forma, a admissão da prescrição pelo ordenamento brasileiro é incompatível com a obrigação de adaptação de seu ordenamento interno a normas internacionais (CIDH, 2018, p. 413). Foi determinado ao Brasil que, dentro de um prazo razoável, adotasse as medidas necessárias para que a prescrição não fosse aplicada ao delito de Direito Internacional de escravidão e suas formas análogas (CIDH, 2018, p. 508).

Ao contrário dos casos Lund Gomes e Herzog, o entendimento da CIDH foi aplicado pelo TRF1:

> 3. No julgamento, a maioria da Turma se formou na linha do voto do relator, reconhecendo a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e entendendo que não havia limite de prazo para a persecução penal, ou seja, para todo caminho entre a investigação, o processo, e a condenação em um caso de escravidão contemporânea. Assim, a Turma, ao acompanhar o voto do Desembargador Federal Convocado Saulo Casali Bahia, que, analisando o tema concernente à competência da CIDH como Órgão reconhecido pelo Brasil para dirimir temas sobre Direitos Humanos, reconheceu a imprescritibilidade dos fatos puníveis atribuídos na denúncia naquela hipótese fática. 4. No caso dos autos, que muito se assemelha ao caso julgado naquele Habeas Corpus, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos considerou tratar-se de caso de grave violação de direitos humanos e, por força de tratados, esses fatos seriam imprescritíveis 5. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969), a que o Brasil aderiu em 25 de setembro de 1992, foi incorporada ao nosso sistema de direito positivo interno pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, preceitua a proibição da escravidão e da servidão. Ainda, de acordo com artigo 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos os Estados comprometem-se a adotar as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 6. A Corte Interamericana a respeito do Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil (CORTEIDH, 2016) decidiu incluir no rol de crimes contra a humanidade o delito da escravidão e suas formas análogas, e, ainda, por entender que se se trata de delito proscrito pelo direito internacional, independentemente do seu contexto de aplicação, deveria ser per si considerado uma grave violação de direito humano. (Brasil, 2022).

[Sumário]

O mesmo entendimento foi aplicado pelo TRF1 no julgamento do Recurso em Sentido Estrito de autos n. 0000280-45.1997.4.01.3901 (Brasil, 2021a) e no Recurso em Sentido Estrito n. 0002631-17.2018.4.01.4301 (Basil, 2021b).

Análise dialética dos posicionamentos

Nos dois casos estudados, a principal semelhança é o fato de que a CIDH considera que os delitos em questão são imprescritíveis. Nos casos Herzog e Lund Gomes, entendeu a CIDH que se trata de crimes contra a humanidade. Além de imprescritíveis, o Estado tem a obrigação de investigar e punir os agentes, de modo que inviável o reconhecimento da anistia e de outras formas de exclusão da responsabilidade. No caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, a CIDH entendeu que a escravidão é um delito de Direito Internacional e, portanto, imprescritível.

Existem duas principais diferenças. Nos casos Herzog e Lund Gomes, houve o pronunciamento prévio do STF no sentido de reconhecer a constitucionalidade da Lei da Anistia, enquanto no caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, não houve manifestação prévia do STF. Além disso, houve comando expresso nos pontos resolutivos para se afastar a aplicação da Lei da Anistia, nos primeiros casos, enquanto no último foi determinada a adequação das normas de direito interno aos padrões internacionais.

Os posicionamentos das cortes federais foram distintos, assim com as consequências dos julgados. Em relação à anistia, os tribunais regionais federais e o STJ entenderam pela aplicação da Lei da Anistia, com a prevalência do direito interno e do entendimento do STF. Já no trabalho escravo, reconheceu-se de imediato a aplicação da jurisprudência da CIDH, para se declarar, no caso concreto e sem qualquer alteração legislativa, a imprescritibilidade do delito de trabalho escravo.

Em relação ao trabalho escravo, o entendimento do TRF1 pela aplicação direta da jurisprudência da CIDH equivale a um verdadeiro controle de convencionalidade, tal como preconizado pelo CNJ, como visto na parte introdutória deste trabalho. Por outro lado, em relação à Lei da Anistia, o controle de convencionalidade foi desconsiderado, com um esforço hermenêutico para assegurar a aplicação da lei brasileira em detrimento do Direito Internacional.

Como visto acima, as objeções dos julgados das cortes federais em relação à não aplicação da jurisprudência da CIDH não se sustentam. O Poder Judiciário não é imune à observância do Direito Internacional e o direito interno não pode ser alegado para descumprimento do direito das gentes. A soberania reside no fato de que o Estado pode descumprir o Direito Internacional, ao privilegiar o direito interno, mas sujeita-se à responsabilização internacional por tal descumprimento.

[Sumário]

O reconhecimento da constitucionalidade da lei ou sua recepção à ordem constitucional não torna prejudicado o controle de convencionalidade. Em 2008, o STF, no mencionado RE n. 349.703/RS, afastou disposição literal da Constituição da República em favor da Convenção Americana. Ainda que tenha se valido da teoria do efeito paralisante, a consequência prática e lógica do julgado é a inaplicabilidade de uma norma literal e explicitamente prevista na Constituição que autoriza a prisão civil do depositário infiel.

Caso a prisão civil do depositário infiel fosse admitida pelo STF, o Brasil poderia ser responsabilizado internacionalmente pelo descumprimento da Convenção Americana. O Brasil poderia alegar a prevalência do direito interno sobre o internacional, com base na Constituição, mas esta justificativa não teria amparo na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

O posicionamento dos tribunais federais, ao privilegiar o entendimento do STF na ADPF n. 153/DF, é contrário ao entendimento do STF no RE n. 349.703/RS. É verdade que o acórdão exarado na ADPF n. 153/DF não menciona o controle de convencionalidade e a Convenção Americana. No entanto, os tribunais regionais federais e o STJ explicitamente negaram a aplicação de decisões concretas da CIDH e direcionadas ao Brasil, sem fundamento para tanto.

Na medida em que houve um julgamento superveniente, pela CIDH, este deve ser levado em consideração pelos órgãos judiciais brasileiros, como agora explicitamente reconhece e recomenda o CNJ. Era possível o *overruling*, pois há um novo paradigma e um novo argumento o qual não foi considerado pelo STF. Ao contrário do afirmado pelo STJ, o controle de convencionalidade não é privilégio ou competência exclusiva do STF. Não há necessidade de manifestação prévia do STF sobre o tema.

Assim como o controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade pode ser exercido de forma difusa, como reconhece o próprio Conselho Nacional de Justiça, na Recomendação n. 123/22. Desta forma, apesar do precedente em sentido contrário no controle concentrado de constitucionalidade, o STF pode rever o posicionamento por meio do controle de convencionalidade, de forma difusa. De todo modo, o STF já pode analisar a questão na ADPF n. 320/DF.

De fato, as instâncias inferiores devem observar precedentes vinculantes de cortes superiores. Por outro lado, o *overruling* é um fenômeno jurídico e natural. A corte constitucional apenas pode rever seus precedentes se houver um fundamento razoável, que lhe seja levado à apreciação. No Brasil, há o controle concentrado e o controle difuso. Ainda que o STF tenha fixado o entendimento de determinada forma, outro órgão judicial poderia apresentar novos argumentos para a superação do precedente. Ao final, cabe ao próprio STF a decisão final no sentido de admitir o overruling ou não.

Apesar de o STF entender pela supralegalidade da Convenção Americana, a solução adotada talvez não seja a tecnicamente mais correta ou adequada. Não se trata necessariamente de supremacia da ordem constitucional em relação ao direito internacional ou de prevalência do direito internacional sobre qualquer disposição de direito interno, incluído o direito constitucional.

[Sumário]

Os fundamentos de constitucionalidade e convencionalidade são distintos. Ainda que a ordem constitucional admita a anistia, o Direito Internacional não a tolera. O Brasil pode insistir na constitucionalidade da anistia, mas poderá ser responsabilizado internacionalmente. Se há dois parâmetros de controle distintos e independentes, o fato de um deles não ser atendido implica a invalidade do ato. Talvez seja necessário considerar dois parâmetros de controle independentes e autônomos e não necessariamente em termos de hierarquia de subsunção de um parâmetro ao outro.

Já no caso do trabalho escravo, o entendimento firmado pelo TRF1, leva às mesmas consequências práticas do entendimento STF no julgamento do RE 349.703/RS. O controle de convencionalidade, de forma autônoma, permite concluir pela imprescritibilidade do crime de trabalho escravo. Na fundamentação exposta pelo TRF1, não se analisou questões de direito constitucional, por exemplo, no sentido de as hipóteses de imprescritibilidade constituírem um rol taxativo previsto na Constituição.

Desta forma, é possível concluir que as cortes federais adotam interpretações distintas e francamente antagônicas para dois casos similares, isto é, o reconhecimento do dever estatal de investigação e punição a violações pretéritas de direitos humanos. O elemento diferenciador é a existência de um posicionamento prévio do STF. Contudo, esta justificativa não deve subsistir, visto que os julgamentos da CIDH são posteriores ao julgamento do STF e os fundamentos são autônomos, já que a ordem internacional é independente em relação ao direito interno.

[Sumário]

Considerações Finais

Como visto, o Conselho Nacional de Justiça tem tomado medidas para o fortalecimento da aplicação da jurisprudência da CIDH no âmbito interno, com a recomendação e estruturação de medidas administrativas para tanto. Por outro lado, os principais processos em trâmite na Justiça Federal dizem respeito à investigação e julgamento de atos praticados na ditadura militar. O STF considerou integrada à ordem constitucional vigente a Lei da Anistia, apesar do entendimento em contrário da CIDH.

A negativa de investigar e punir uma violação de direitos humanos corresponde a uma nova violação de direitos humanos de forma autônoma. Os crimes cometidos na ditadura são imprescritíveis, pois são crimes contra humanidade, aos quais não é oponível a anistia ou qualquer outra forma similar de excludente de responsabilidade. A insistência das cortes federais em negar a investigação e julgamento dos crimes cometidos corresponde a uma nova violação de direitos humanos, de acordo com a jurisprudência da CIDH.

O julgamento superveniente da CIDH em relação ao STF é suficiente para que as cortes federais não apliquem a ADPF 153/DF, visto que o controle de constitucionalidade e convencionalidade podem ser exercidos por quaisquer órgãos judiciais brasileiros. O controle de convencionalidade não precisa ser reduzido a um status de supralegalidade, basta ser compreendido como um fundamento autônomo e independente ao controle de constitucionalidade.

Há a possibilidade de *overruling* pelo próprio STF, visto que a Suprema Corte sequer apreciou o fundamento da convencionalidade no acórdão da ADPF. O Brasil é soberano para admitir a prevalência do direito interno sobre o internacional, mas poderá ser responsabilizado internacionalmente.

No caso do trabalho escravo, as cortes federais aplicaram de forma automática o entendimento da CIDH. Este posicionamento se coaduna com a política implementada pelo CNJ e demonstra o comprometimento do Brasil com suas obrigações internacionais, oponíveis ao judiciário. A Lei da Anistia deve ser reputada inconvencional, tal como decidido pelas CIDH, tanto pelas cortes federais quanto pelo STF, sob pena de o posicionamento judicial brasileiro implicar nova violação aos direitos humanos.

[Sumário]

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 349703/RS. Redator do acórdão: Gilmar Mendes. Brasília, 03 de dezembro de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF. Relator: Eros Grau. Brasília, 29 de abril de 2010.

BRASIL. Tribunal Federal Regional da 3a Região. Recurso em Sentido Estrito n. 0004204-32.2012.4.03.6181. Relator: Peixoto Júnior. 2a Turma. São Paulo, 26 de abril de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2a Região. Recurso em Sentido Estrito n. 0801434-65.2013.4.02.5101. Relator: Paulo Espírito Santo. 1a Turma, Rio de Janeiro, 30 de outubro de 2013.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Parecer n. 4.433/AsJConst/SAJ/PGR. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 320/DF. Procurador-Geral da República: Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Brasília, 28 de agosto de 2014.

BRASIL. Tribunal Federal Regional da 3a Região. Recurso em Sentido Estrito n. 0015754-19.2015.4.03.6181. Relator: André Nekatschalow. 5a Turma. São Paulo, 15 de dezembro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1798903. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca. 3a Seção. Brasília, 30 de outubro de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1a Região. Recurso em Sentido Estrito n. 0000280-45.1997.4.01.3901. Relator: Néviton Guedes. 4a Turma. Brasília, 15 de junho de 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1a Região. Recurso em Sentido Estrito n. 0002631-17.2018.4.01.4301. Relator: Cândido Ribeiro. 4a Turma. Brasília, 18 de novembro de 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1a Região. Recurso em Sentido Estrito n. 0005216-83.2015.4.01.3901. Relator: Érico Rodrigo Freitas Pinheiro. 4a Turma. Brasília, 10 de agosto de 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Presidente: Juiz Diego García-Sayán. San José, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf >. Acesso em: 02 fev. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil. Presidente em exercício: Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. San José, 22 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_337_por.pdf>. Acesso em 02 fev. 2024.

[Sumário]

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Herzog e Outros vs. Brasil. Presidente: Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. San José, 15 de março de 2018. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf >. Acesso em 02 fev. 2024.

MAZUOLLI, Valério. Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, David Barbosa de. (Des)acertos no Julgamento da Lei de Anistia de 1979: o Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a Autoanistia. Revista de Direito Brasileira, São Paulo, v. 19, n. 18, jan./abr. 2018, p. 382-394.

SILVA, Carla Ribeiro Volpini; JUNIOR, Bruno Wanderley. A responsabilidade internacional do Brasil em face do controle de convencionalidade em sede de direitos humanos: conflito de interpretação entre a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal quanto a Lei de anistia. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 611-629.

[Sumário]

Artigo

INSS e a Indenização por Vazamento de Dados Sob a Perspectiva Da LGPD e os Desafios de Aprimoramento da Proteção Constitucional Previdenciária

INSS And Compensation for Data Leakage from The Perspective of LGPD and The Challenges of Improving Constitutional Social Security Protection

Gilmara Valéria Gonçalves
Graduanda pela Faculdade de Direito Pitágoras Unopar de Itajubá/MG

Sergio Henrique Salvador
Mestre em Direito Constitucional
Pós-Graduado pela EPD/SP e PUC/SP
Bacharel em Direito

Theodoro Vicente Agostinho
Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra
Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela PUC/SP
Bacharel em Direito

[Sumário]

INSS e a Indenização por Vazamento de Dados Sob a Perspectiva Da LGPD e os Desafios de Aprimoramento da Proteção Constitucional Previdenciária

INSS And Compensation for Data Leakage from The Perspective of LGPD and The Challenges of Improving Constitutional Social Security Protection

Resumo: O vertente artigo pretende enfrentar a temática que envolve a responsabilização civil material e imaterial do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), gestor das prestações previdenciárias do complexo Regime Geral de Previdência Social (RGPS), com seus beneficiários, no cenário de vazamento de dados, com a exposição indevida da personalidade jurídica de aposentados e pensionistas em situações de riscos, danos e prejuízos. Pretende-se aqui uma análise das causas, condições e hipóteses de incidência do juízo civil reparatório em prol dos beneficiários previdenciários sob a perspectiva da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) enquanto forma segura de compensação e correção, além de perseguir o primado de aperfeiçoamento da técnica constitucional da proteção previdenciária. Para tanto, se valerá do método analítico e jurisprudencial, a partir de marcos doutrinários e de recentes precedentes em sede de reparação civil previdenciária.

Palavras-chave: Previdência Social. INSS. Indenização. LGPD. Vazamento de dados.

Abstract: The article intends to address the issue involving the material and immaterial civil liability of the National Social Security Institute (INSS), manager of social security benefits under the General Social Security Regime (RGPS) complex, with its beneficiaries, in the scenario of data leakage, with the undue exposure of the legal personality of retirees and pensioners in situations of risk, damage and loss. The aim here is to analyze the causes, conditions and hypotheses of incidence of reparatory civil judgment in favor of social security beneficiaries from the perspective of the General Data Protection Law (LGPD) as a safe form of compensation and correction, in addition to pursuing the primacy of improvement of the constitutional technique of social security protection. To this end, it will use the analytical and jurisprudential method, based on doctrinal landmarks and recent precedents in civil social security compensation.

Keywords: Social Security. INSS. Indemnity. LGPD. Data leak.

[Sumário]

Aspectos Introdutórios

Em decorrência das multiformes relações sociais existentes e eclodidas nos mais diversos modos, está o pacto jurídico previdenciário sob atuais desafios, complexos e polêmicos.

Bem verdade que o sistema previdenciário nacional é dos mais intricados, burocrático, lento, dispendioso e com expressiva procura de seu público-alvo, em outras palavras, demandado a todo o tempo pelos sujeitos filiados, especialmente no complexo Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Dilemas existem e que percorrem os desafios de entregar aos beneficiários uma Previdência Pública acessível e de qualidade, tal qual informou o modelo constitucional eleito no horizonte de 1988.

Este e outros desafios passam por todos os setores e camadas sociais, em especial dos gestores públicos da política de funcionamento de sua autarquia gestora, o INSS, e de outro lado, uma sociedade de filiação compulsória que traz em seu bojo sujeitos necessitados por proteção, notadamente por serem partícipes de uma geração de excluídos, cuja dignidade humana ainda representa um relevante vetor a ser perseguido.

Em meio a esse turbulento cenário está a atuação do INSS em tentar implantar uma pólitica digital, de automação e tecnológica do atendimento, fazendo com que expressiva parte de seu público-alvo seja afetado pelo descompromisso institucional de imprimir uma segura política de funcionamento da atividade-fim.

Por certo, uma evidente fragilidade da obrigatória proteção de dados de seus envolvidos, fazendo com que também cenários de riscos, ilícitos e danos dos mais diversos alcancem aposentados e pensionistas que ficam a mercê de golpes, exposições, fraudes, assédios, etc.

Logo, o juízo cível de reparação, tanto material quanto imaterial, se mostra como utilitário jurídico instrumental de relevância para corrigir rotas, trazer compensação e ainda ser um válido caminho de se buscar a consolidação da política constitucional de proteção previdenciária, algo que será ora debatido e defendido como solução institucional, a partir das premissas existentes da *novel* LGPD.

[Sumário]

Inss e seu Papel Fundante na Proteção Previdenciária

É o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) a autarquia federal do Ministério da Previdência responsável pela gestão, concessão e manutenção das prestações previdenciárias, garantindo assim o pagamento habitual das aposentadorias e de outros benefícios do RGPS.

Fruto da pretérita junção de outros institutos de previdência do país, ganhou notabilidade jurídica a partir do Decreto nº 99.350 de 27 de junho de 1990[1] que conferiu integração jurídica ao sistema vigente.

Tem como missão primeira antender seus sujeitos filiados, vale dizer, beneficiários previdenciários, conforme artigo 10 da Lei 8.213/1991[2].

De igual modo, sua legalizada responsabilidade de entregar o pacote de proteção inserido no conhecido rol do artigo 18 da Lei 8.213/1991[3].

Assim, concretamente é o INSS o responsável por dar vida à Previdência Social em solo pátrio, fazendo com que o plano constitucional seja entregue, para que o projeto de 1988 sob a fudante perspectiva de bem-estar ocorra sob a ótica da eficácia jurídica.

Há, portanto, constitucional justificativa para tanto, tendo em vista que a Carta de 1988 sintetizou um amplo arcabouço protetivo intitulado “Seguridade Social”, com a participação segmentada da Saúde, Assistência e a Previdência Social, tudo no desejo maior de promoção do bem-estar da coletividade.

Nos dizeres de Wagner Balera:

> “A previdência Social é uma técnica de proteção que depende da articulação entre o Poder Público e os demais atores sociais. Estabelece diversas formas de seguro, para o qual ordinariamente contribuem os trabalhadores, o patronato e o Estado e mediante o qual se intenta reduzir ao mínimo os riscos sociais, notadamente os mais graves: doença, velhice, invalidez, acidentes no trabalho e desemprego”.4

A Carta Cidadã ainda fez a determinação de garantias quanto aos direitos sociais, também direitos fundamentais por excelência e, por isso, defendidos pela doutrina como de caráter permanente, com vedação ao retrocesso, já que qualificados como cláusulas pétreas implícitas.

---

1 https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d99350.htm

2 Art. 10. Os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social classificam-se como segurados e dependentes, nos termos das Seções I e II deste capítulo.

3 Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços: I - quanto ao segurado: a)aposentadoria por invalidez; b)aposentadoria por idade; c)aposentadoria por tempo de contribuição d)aposentadoria especial; e)auxílio-doença; f)salário-família; g)salário-maternidade; h)auxílio-acidente; II - quanto ao dependente: a)pensão por morte; b)auxílio-reclusão; III - quanto ao segurado e dependente: b)serviço social; c)reabilitação profissional.

4 BALERA, Wagner. Sistema de Seguridade Social. 5ª ed. SP: LTr, 2009. p.68.

[Sumário]

Serau Jr. assevera que:

> "Inicialmente, reconhecemos que a Previdência Social e todos os institutos que lhe são pertinentes, são direitos fundamentais. Diante dessa premissa, todos os valores e compreensões derivados da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais aplicam-se às questões previdenciárias".[5]

Araújo e Nunes Júnior também acentuam que:

> "Os direitos de caráter previdenciário são exemplos dessa categoria de direitos fundamentais. Também chamados de direitos de crença, pois trazem a esperança de uma participação ativa do Estado".[6]

No ambiente do Texto de 1988 foram editadas as Leis Federais n. 8.212/1991 e n. 8.213/1991, marcos regulatórios do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), com regulação da concessão/entrega das prestações deste regime, dentre outros aspectos.

Nos desafios recentes de atuação funcional e em busca de novos modelos, o INSS tem implantado sua era eletrônica, vale dizer, um novo modelo de atendimento através do digital com a finalidade de modernização dos serviços para que os beneficiários possam ter acessibilidade, facilidade e comodidade do atendimento em vários níveis e fases.

De fato, com a plataforma digital conhecida como "MeuINSS", os beneficiários auferiram a praticidade no acesso de dados pessoais, funcionais, consultar e requerer benefícios e ainda enviar documentos dos mais diversos para análise, simular tempo de contribuição, agendamento de perícias, consulta de pagamentos, extratos, tudo sem agendamento, filas e sem sair de casa.

Obviamente, um arrojado método de eficiência pública, sobretudo em tempos digitais e perante os desafios naturalmente existentes no terreno brasileiro de profundas desigualdades sociais.

Evidente, portanto, que as metas deste tecnológico sistema merecem aplausos e registros, contudo, traz consigo sérias questões que envolvem a desproteção e marginalização de seus envolvidos, em especial, a partir da habitual vulnerabilidade de dados, algo que a ordem jurídica nacional procurou regulamentar, por exemplo, com a importante edição da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

5 ERAU Jr., Marco Aurelio. Desaposentação: novas perspectivas teóricas e práticas. 6ª ed. SP: LTr, 2016, p.67.
6 ARAUJO, Luiz Alberto; NUNES JR., Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. SP: Saraiva, 1998, p.65.

[Sumário]

LGPD e o Universo Jurídico da Proteção de Dados

Com a implantação da LGPD a partir de 14 de agosto de 2018 através da Lei 13.709/2018, tendo como principal objetivo a proteção dos dados e buscando, assim, a segurança jurídica do cidadão a partir da blindagem de seus dados pessoais.

Dando mais clareza aos cidadãos sobre quais dados devem ser fornecidos a partir do banco de dados de uma instituição, por exemplo, a LGPD pretende propiciar um melhor controle sobre a forma como esses dados pessoais serão tratados, utilizados, armazenados e compartilhados.

De fato, um jurídico avanço em solo pátrio, cujo tema desperta diversas inquietações jurídicas, debates e reflexões, notadamente pela novidade normativa associado ao fértil campo de heterogêneas relações sociais que o sistema brasileiro produz.

De outro lado, mesmo com a importante implantação da LGPD, riscos, falhas, vazamentos, golpes, fraudes das mais diversas e outros ilícitos ainda ocorrem.

Na seara previdenciária, certamente, o cenário existente dos mais variados problemas envolvendo aposentados e pensionistas do INSS, vítimas diárias de fraudulentos empréstimos consignados, por exemplo.

Como relatado anteriormente, fato é que os cidadãos ainda sofrem com o vazamento de seus dados de diversas formas, em que pese a LGPD trazer importantes avanços ao sistema jurídico brasileiro.

Conforme art. 55-A da LGPD[7] é a Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD) a principal responsável por cuidar e zelar pela proteção dos dados pessoais dos cidadãos e em decorrência de eventual má utilização de seu ente detentor, há regulada possibilidade de aplicação de várias sanções em casos de descumprimento da legislação, podendo o cidadão lesado, inclusive, ser indenizado, uma das vertentes do artigo ora apresentado.

Tornou-se prática comum a partir da facilitação, vazamento de dados e acesso pelas agências e agentes financeiros, os aposentados e pensionistas do INSS, antes mesmo da expressa ciência acerca da concessão do benefício passam a receber inúmeras ligações com a oferta de empréstimo consignado, dentre outros serviços.

De acordo com o art. 5° da Constituição Federal o uso de dados sem o consentimento do cidadão, para a oferta de serviços ou até mesmo produtos, viola a privacidade enquanto também um dos direitos fundamentais previstos, sendo, portanto outro fundamento jurídico que justifica o manejo do juízo reparatório para o cenário de indevido vazamento de dados.

7 Art. 55-A. Fica criada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), autarquia de natureza especial, dotada de autonomia técnica e decisória, com patrimônio próprio e com sede e foro no Distrito Federal.

[Sumário]

O grande debate que demanda reflexões está inserido na relação que envolve a LGPD, o INSS (órgão público) e uma outra empresa privada, em casos de vazamento de dados, que recebem informações de forma indevida com a possibilidade da responsabilização ocorrer via judicial ou até mesmo administrativa em decorrência das ilegalidades cometidas em desfavor de aposentados e pensionistas do INSS.

[Sumário]

A Reparação Civil Reparatória entre Instituições Financeiras e o INSS

Usualmente o INSS comunica de forma direta a instituição financeira sobre a existência de determinado benefício previdenciário.

Por sua vez, o trabalhador agora jubilado pela Previdência, após receber o comunicado da concessão pelo INSS detém em mãos, todas as informações de seu benefício, como os valores a serem creditados, data de saque, local, etc.

Aqui, o modelo idealizado pelo sistema público, vale dizer, o envio de comunicação expressa como ato final do processo administrativo criado para a entrega do benefício pretendido, conforme o pacote de prestações existentes e de responsabilidade do RGPS, ante a comprovação, por obviedade de outros requisitos de contemplação.

De outro lado, factualmente se desdobram outros contornos.

Fica o jovem aposentado, por exemplo, em uma realidade de explícita vulnerabilidade, tendo em vista que seus dados da sofrida aposentação foram transmitidos para a rede bancária e seus credenciados agentes. De forma habitual são assediados por insistentes ligações e SMSs da agência bancária oferecendo empréstimos consignados, com extremada abusividade e má-fé, pois muitos desses beneficiários são idosos, doentes e desprovidos de conhecimentos específicos do que se está sendo ferozmente ofertado.

É que o ente financeiro obtém os dados do cidadão recém aposentado, violando de forma nítida importantes preceitos da já citada LGPD.

Em decorrência deste intricado e sério cenário, diversos pensionistas e aposentados são vítimas diárias dessas práticas abusivas, notadamente pela criação de empréstimos bancários confusos, leoninos, obscuros e até mesmo com renovações sucessivas e periódicas, inviabilizando a manutenção mensal das bases do benefício, ante a inserção das rubricas do desconto.

Os dados utilizados pela agência bancária e sua divulgação, sem o consentimento do aposentado, por exemplo, implica em notória violação a privacidade enquanto premissa constitucional, ferindo de morte não somente as cogentes previsões da LGPD, mas ainda outros basilares direitos.

Neste sentido, a tutela jurídica conferida pelo Estatuto do Idoso[8] e também pelo próprio CDC[9] fica a mercê do manuseio indiscrimidado dos dados pessoais dos beneficiários do RGPS.

8 Lei 10.741, de 01 de outubro de 2003.

9 Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

[Sumário]

Aqui a justificada necessidade de intervenção do juízo cível de reparação jurídica através do instituto da responsabilização do Código Civil Brasileiro[10], bem como, das contribuições doutrinárias e dos diversos precedentes existentes em matéria previdenciária.

De fato, o uso da emergente tese do dano moral e material nas relações previdenciárias propicia a necessária reparação, compensação e proteção jurídica do sistema, imprimindo correção de rota, além de trazer o debate de aprimoramento da técnica de proteção previdenciária.

Logo, o vértice de análise é além dos critérios civilistas, sendo que por aqui, a defesa do abrigo previdenciário através da responsabilização de seus agentes no cenário de vazamento de dados propicia o aperfeiçoamento e a consolidação de premissas fundantes.

Sérgio Salvador e Theodoro Agostinho, também idealizadores da tese, pontuam que:

> "O dano moral serve para corrigir situação a que o segurado foi submetido pelo INSS. E também deveria ajudar a administração pública a se organizar para prestar um melhor serviço. Bastava primar por uma administração mais competente, treinar com melhor os servidores, e em última análise, respeitar as normas regulamentadoras da Constituição.".[11]

Como aqui informado, de igual modo, também o entendimento jurisprudencial francamente favorável ao ora defendido.

Os Tribunais pátrios não somente validam habitualmente a emergente tese da reparação civil previdenciária, bem como, em cenário de vazamento de dados, proclamam o direito à pretendida reparação.

Alguns julgados que ratificam as premissas ora defendidas:

> “1. A retenção de forma compulsória de parte do benefício previdenciário da autora, sem prévia contratação, configura dano moral, passível de ser indenizado. 2. O valor da indenização por dano moral deve ser fixado examinando-se as peculiaridades de cada caso e, em especial, a gravidade da lesão, a intensidade da culpa do agente, a condição socioeconômica das partes e a participação de cada um nos fatos que originaram o dano a ser ressarcido, de tal forma que assegure ao ofendido satisfação adequada ao seu sofrimento, sem o seu enriquecimento imotivado, e cause no agente impacto suficiente para evitar novo e igual atentado.”;[12]

11 AGOSTINHO, Theodoro Vicente; SALVADOR, Sérgio Henrique. Dano Moral Previdenciário. 6ª ed. SP: Lujur. p.58.

12 TJMG, Ap. Cível n. 1.0000.19.066259-3/001, Comarca de São Sebastião do Paraíso, 15a Câmara Cível, DJ 20/01/2020;

[Sumário]

"I. Comprovado nos autos a quitação do contrato em 13.05.2009, resultado obviamente indevida a permanência dos descontos mensais em benefício previdenciário. (...) IV. No caso particular faço ressalva que não há qualquer elemento que permita se cogitar a majoração do "quantum" indenizatório, como postula a autora, já fixado em R$ 1.200,00, pois o conjunto probatório revela ter ocorrido apenas 01 desconto indevido, o qual foi posteriormente restituído pelo réu (...) SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.";[13]

"1. O regime legal aplicável ao desconto, em proventos previdenciários, de valores de empréstimo consignado contratado por segurado da Previdência Social, encontra-se previsto no art. 6o da Lei n. 10.820/2003. 2. Segundo tal legislação, cabe ao segurado contratar o empréstimo na instituição financeira de sua escolha e autorizar a retenção, pelo INSS, do valor devido na parcela mensal do respectivo benefício previdenciário (caput). O INSS deve fixar regras de funcionamento do sistema, incluindo todas as verificações necessárias (§ 1o e incisos), sendo responsável, especificamente, conforme o § 2o do art. 6o da Lei n. 10.820/2003, (...) 3 (...) 4. (...) Estando legalmente previstas as suas atribuições, o fato de o INSS não se desincumbir, adequadamente, de suas responsabilidades, ao simplesmente reter e repassar valores informados pelo DATAPREV, sem a cautela no sentido de conferir, com rigor, os dados do segurado e da operação, para evitar situações de fraude (como decorre, por exemplo, da contratação por segurado residente em São Paulo de operação de empréstimo na Bahia ou no Amazonas) não o exime de responder pelos danos decorrentes da lesão praticada contra o segurado. 5 (....) 6. (...) 7. O dano material sofrido consistiu no valor do benefício, retido e repassado indevidamente (...) o saldo a ser ressarcido de R$ 414,04, a que foram condenados Banco Cruzeiro do Sul e INSS, solidariamente, (...) 8. O dano moral restou igualmente configurado, diante da prova, de que a retenção e o desconto de parcela do benefício previdenciário não geraram mero desconforto ou aborrecimento, mas concreta lesão moral, com perturbação grave de ordem emocional, tratando-se, ademais, de segurado idoso, que se viu envolvido em situação preocupante, geradora de privação patrimonial imediata, criada pela conduta dos réus. 9. (...) 11. Portanto, nos limites da devolução, deve ser mantida a condenação do INSS ao pagamento solidário dos valores de R$ 414,04, relativos aos danos materiais suportados, e R$ 3.000,00, referentes aos danos morais sofridos (...).";[14]

"No caso dos autos, as informações relativas ao benefício da parte autora foram obtidas pelas instituições financeiras de forma célere por meio de vazamento/transferência de dados do sistema do INSS, autarquia responsável pela concessão e implantação do benefício previdenciário concedido à autora, o que demonstra uma ausência de controle e segurança em seu banco de dados, afrontando o direito à privacidade dos seus beneficiários. Em acréscimo, afasto a alegação de não comprovação do nexo causal, pois caso o vazamento tivesse sido praticado por operador outro (por exemplo, banco através do qual a parte autora recebe seu benefício previdenciário) não teria havido verdadeiro assédio da parte autora por diversas empresas de crédito, mas apenas daquele terceiro interessado. O dano moral restou caracterizado. As abordagens sofridas pela autora em muito superaram a normalidade. Ademais, o fato de dados sobre sua vida patrimonial terem sido compartilhados irregularmente também lesam sua própria segurança. Por fim, tal

13 TJRS, Proc.: 71003066677/RS, Rel.: Des. Carlos Eduardo Richinitti, J. em 27.09.2011, D.J. 29.09.2011;
14 TRF da 3a Região, Proc. 0003191-02.2007.4.03.6107/SP, 3a T., Rel.: Des. Fed. CARLOS MUTA, j. em 25.06.2015, e-DJF3 02.07.2015;

[Sumário]

incessante transtorno ocorreu por volta de 15 dias, ao menos, é o que está demonstrado nos autos, e em um momento difícil em sua vida, haja vista a perda recente do marido e o tratamento médico a que estava sendo submetida. Por fim, importa observar que o assédio por parte dos bancos e financeiras a aposentados e pensionistas tem ocorrido de forma constante, de modo que caberia ao INSS implementar medidas administrativas tendentes a evitar a violação dos dados pessoais sob sua tutela, o que, como se sabe, não vem ocorrendo, haja vista o fácil acesso às informações sigilosas dos beneficiários pelas instituições financeiras. Por tudo o acima fundamentado, e por ser a indenização fixada comedida (R$2.500,00), mantenho a sentença tal como proferida. III - DISPOSITIVO Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso do INSS para manter a sentença tal como proferida. Caso a parte autora tenha constituído advogado neste feito, condeno o INSS ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 10 % do valor da condenação, ou, não sendo a condenação mensurável, em 10% do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, em especial seus parágrafos 2º, 3º e 4º do Código de Processo Civil vigente, bem como art. 55 da Lei nº 9099/95. Id 254982954: Defiro os benefícios da gratuidade de justiça à parte autora, visto que a soma dos benefícios de pensão por morte e de aposentadoria resulta em valor inferior a quatro salários mínimos (fls. 10 do id 254982936 e id 254982858). É o voto."[15].

De igual modo, a comunidade jurídica especializada através de renomadas homepages também repercutiram o tema: "INSS e Banco Safra são condenados a pagar indenização por empréstimo indevido - 01/09/2022 - A justiça determinou a nulidade imediata do contrato de crédito consignado, cancelando de forma definitiva os descontos mensais efetuados sobre benefício previdenciário de morador de Paranavaí (PR). A decisão do juiz federal Adriano José Pinheiro, da 1ª vara Federal de Paranavaí, condenou ainda o Banco Safra a restituir os valores abatidos do empréstimo não autorizado e ratear com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) valor da indenização por dano moral. O autor da ação esclareceu que já havia solicitado ao INSS o bloqueio de seu benefício para empréstimo consignado. Contudo, mesmo após ter efetivado esse bloqueio, o INSS autorizou a averbação do empréstimo enviado pelo Banco Safra que efetuou um depósito no valor de R$ 32.339,94 (trinta e dois mil, trezentos e trinta e nove reais e noventa e quatro centavos) em sua conta bancária junto à Caixa Econômica Federal. O depósito gerou contrato com descontos no valor de R$ 833,00 (oitocentos e trinta e três reais) mensais, descontados em 84 vezes junto ao seu benefício previdenciário. De acordo com extratos bancários, apresenta até o momento prejuízo de mais de R$ 3.300,00 (tres mil e trezentos reais). Em virtude da utilização de seus dados pessoais para empréstimo não solicitado/autorizado, pediu indenização pelos danos morais sofridos e bloqueio de empréstimos em seu benefício. Destacou o magistrado em sua decisão que a prova mais contundente da boa-fé do autor e da ausência de interesse de sua parte na contratação do empréstimo é a inexistência de movimentação do valor mutuado e o depósito integral do valor em conta vinculado aos autos. "Ora, se o autor sequer utilizou os valores depositados em sua conta e, ainda, os devolveu de forma voluntária, fica claro que não tinha a intenção de contratar o empréstimo, provavelmente realizado por terceiros na tentativa de obter o dinheiro em seu nome de forma fraudulenta". Analisando o caso, Adriano José Pinheiro viu comprovada a falha do Banco Safra "cujo procedimento mostrou-se nitidamente inseguro e sem critérios, admitindo a contratação de empréstimo bancário de valor considerável pela via telefônica (WhasApp), a despeito de diversas circunstâncias suspeitas, que poderiam ter sido detectadas pela instituição

15 Turma Recursal do JEF/SP, Relatora Juíza Federal Janaína Rodrigues Valle Gomes, Recurso Inominado n. 50000836-03.2021.4.03.6345, 12ª Turma.

[Sumário]

bancária na comunicação travada com o intuito de realizar o contrato". Sobre o dano moral, o juiz federal entendeu que o autor da ação foi privado injustamente de valor considerável de seu benefício previdenciário, fixando, portanto, a quantia de R$10.000,00 (dez mil reais) a ser rateada entre o Banco Safra e INSS. Determinou ainda que o INSS não realize novos empréstimos consignados incidentes sobre o benefício da parte autora, salvo manifestação expressa, sob pena de imposição de multa no valor de R$1.000,00 (mil reais), por ato de descumprimento.".[16]

Portanto, em favor do segurado a busca pelo Poder Judiciário da necessária resolução de problemas advindos pelas falhas institucionais da autarquia, notadamente quanto a fragilidade de funcionamento do sistema de proteção dos dados personalíssimos de seus abrigados, caminho esse, aliás, de relevo para a pretendida consolidação das premissas fundantes que circundam a existência e a atividade-fim da constitucional técnica previdenciária.

16 https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=26174

[Sumário]

Considerações Finais

Em linhas gerais, evidenciada a fragilidade do INSS quanto a segurança dos dados de seus diversos abrigados, notadamente no RGPS, um dos mais complexos regimes jurídicos previdenciários existentes.

Habitualmente estão os aposentados e pensionistas em uma região de explícita vulnerabilidade, a mercê da sorte e sujeitos a diversos riscos, aliás, diários e vítimas que são das mais variadas e fraudulentas situações.

No comprovado cenário de indevido vazamento de dados, existe a pretensão civil reparatória enquanto válido instrumento de correção, compensação e ainda de aprimoramento da constitucional técnica de proteção previdenciária, tese essa, inclusive, emergente e validada pela jurisprudência especializada, demonstrando o acerto, viabilidade e necessidade de sua utilização por todos os envolvidos.

[Sumário]

Referências

ARAUJO, Luiz Alberto; Nunes JR., Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. SP: Saraiva, 1998.

AGOSTINHO, Theodoro Vicente; SALVADOR, Sérgio Henrique. Dano Moral Previdenciário. 6ª ed. SP: Lujur, 2023.

BALERA, Wagner. Sistema de Seguridade Social. 5ª ed. SP: LTr, 2009.

HORVATH, Miguel Junior. Direito Previdenciário. 8ª ed. SP: Quartier Latin, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 3ª ed. RJ: Impetus, 2003.

_____. Desaposentação: o Caminho para uma Melhor Aposentadoria. 3ª ed. Niterói: Impetus, 2009.

KERTZMAN, Ivan. Curso Prático de Direito Previdenciário. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

LEITE, Celso Barroso. Curso de Direito Previdenciário. Coordenador: Wagner Balera. Homenagem a Moacir Velloso Cardoso de Oliveira. SP: LTr, 2002.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Dano Moral no Direito Previdenciário. 2ª ed. SP: LTr, 2009.

_____. Curso de Direito Previdenciário. 4ª ed. SP: LTr, 2012.

SERAU Jr., Marco Aurelio. Desaposentação: novas perspectivas. 6ª ed. SP: LTr, 2016.

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

[Sumário]

Artigo

Antônio Joaquim Ribas e sua Contribuição para o Direito Administrativo e Adjucação Administrativa no Segundo Reinado do Brasil

Antônio Joaquim Ribas And Its Contribution To Administrative Law And Administrative Adjucation In The Second Reign Of Brazil

Luís Guilherme Netto Andrade
Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa
Pós-graduando no curso de Direito Tributário da rede de ensino LFG/Anhanguera
Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense
Sócio do escritório Andrade & Antunes

João Vitor Lozano Jeronymo
Pós-graduando no curso de Especialização em Direito Tributário do IBET
Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

[Sumário]

Antônio Joaquim Ribas e sua Contribuição para o Direito Administrativo e Adjucação Administrativa no Segundo Reinado do Brasil

Antônio Joaquim Ribas And Its Contribution To Administrative Law And Administrative Adjucation In The Second Reign Of Brazil

Resumo: O tema abordado no artigo é a contribuição de Antônio Joaquim Ribas para o estudo do direito administrativo, bem como contencioso administrativo na época do Segundo Reinado do Império brasileiro, sob a sua ótica. Esta análise deverá observar os diplomas normativos da Constituição de 1824, legislação da época, e os aspectos processuais na efetivação da garantia dos direitos fundamentais e supremacia do interesse público. Serão analisados os aspectos da obra de Antônio Joaquim Ribas e comentadores de sua obra.

Palavras-chave: Organização política do Império do Brasil. Contencioso administrativo. Antônio Joaquim Ribas.

Abstract: The theme addressed in the article is the contribution of Antônio Joaquim Ribas to the study of administrative law, as well as administrative litigation at the time of the second reign of the Brazilian empire, under the perspective of Antônio Joaquim Ribas. This analysis should observe the normative documents of the 1824 Constitution, the legislation of the time, as well as the procedural aspects in the effective realization of the fundamental rights and supremacy of the public interest. The aspects of the work of Antônio Joaquim Ribas and commentators of his work will be analyzed.

Keywords: Organization of the politics of the empire of Brazil. Administrative litigation. Antônio Joaquim Ribas.

[Sumário]

Introdução

O presente trabalho científico terá por finalidade analisar a vida acadêmica no âmbito do direito administrativo e o papel de Antônio Joaquim Ribas para o contencioso administrativo na composição da organização dos poderes do Império brasileiro no período correspondente ao Segundo Reinado. Pretende-se averiguar como funcionava o contencioso administrativo alocado dentro da divisão de poderes, suas origens e sua especificidade. A análise também investigará a importância histórica e a necessidade do contencioso administrativo sob a ótica da colaboração de Antônio Joaquim Ribas em sua obra premiada.

Ademais, tem por objetivos específicos: revisar a bibliografia em Direito Público com enfoque no aspecto do processo administrativo; revisar a bibliografia a respeito do Direito Administrativo no que tange à atuação do Estado durante o Império no exercício de revisão de atos próprios e direitos individuais; verificar a estrutura pensante sob o olhar de um dos maiores juristas do Brasil de sua época.

Assim sendo, o presente artigo será dividido em cinco capítulos. No primeiro capítulo explicar-se-á a vida acadêmica e obra de Antônio Joaquim Ribas e sua contribuição para o Direito Administrativo. O segundo capítulo propõe-se a dar noções básicas do direito administrativo à luz da doutrina de Antônio Joaquim Ribas para os estudantes e acadêmicos do direito administrativo. O terceiro observará a organização dos poderes do Império brasileiro, em que se insere na Constituição de 1824 ao dividir os poderes em Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador, figurando o imperador no topo da estrutura, bem como dimensão histórica desta estrutura. Por sua vez o quarto capítulo se propõe a verificar as diferenciações feitas à época entre o processo administrativo e o judicial, analisando os comentários e explicações do autor escolhido e sua colaboração. Por fim, o quinto provoca a reflexão a respeito das origens do contencioso administrativo no império até chegar ao período do nosso recorte, qual seja: o Segundo Reinado (1841 até 1889).

Para alcançar o desiderato científico proposto, será utilizada a metodologia de análise dos fundamentos teóricos e empíricos que se dão segundo as normas concernentes à organização dos poderes na época do Segundo Reinado, da mesma forma que o sistema de contencioso administrativo em suas leis próprias e a obra premiada e renomada do nobre autor.

Além disso, o presente terá como marcos teóricos os institutos jurídicos do contencioso administrativo, bem como a história das instituições de administração contenciosa Estado no período correspondente ao Segundo Reinado do Império do Brasil.

Ressaltamos que os textos extraídos dos textos da época foram mantidos na sua ortografia original para que não se perdesse o significado e o texto redigido ipsis literis pelo autor. Os conceitos que forem diferentes semanticamente serão devidamente explicados.

Por fim, o objeto deste trabalho científico voltará analisar a relação entre o Estado de Direito e o particular, enfocando a necessidade da observância dos parâmetros exigidos pela independência e separação dos poderes.

[Sumário]

Breve Resumo da Vida e Obra de Antônio Joaquim Ribas

O notável jurista Antônio Joaquim Ribas, conhecido também por “Conselheiro Ribas”[1] devido ao notável trabalho como deputado provincial e jurista, se destacou em suas diversas obras no Direito Civil e de Estado, atuando como docente da tão famosa academia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo patrono da cadeira de número 39.

Nascido no dia 23 de maio de 1818, filho de Antônio Joaquim de Macedo e de Maria Prudência Ribas, o jurista teve sua infância no Rio de Janeiro, local onde nasceu. Originalmente chamava-se Simplício Ribas, contudo, o jurista muda o nome em homenagem ao pai por ocasião de sua crisma para Antônio Joaquim – costume habitual católico antes de 1962, em que ao receber o sacramento, adota-se um nome de um santo de devoção ao lado do seu de batismo, o que ocorreu foi a mudança para homenagear o pai.

Na juventude muda-se para São Paulo para ingressar no curso anexo da Faculdade de Direito, onde se forma no ano de 1840. Durante curso anexo, o jurista desbrava estudos em diversas disciplinas, dentre as quais: história, filosofia, literatura, latim, grego, francês, italiano e alemão.

Em 1839, juntamente com Julius Frank, publica o "Resumo de História Universal", material didático para as aulas. Julius Frank se torna notável amigo e mestre de Antônio Joaquim Ribas, o que, segundo Carlos de Barros Júnior, contribuiu para a formação humanista e historicista de Conselheiro Ribas.[2]

Em 1850, Antônio Joaquim Ribas segue a carreira política como deputado provincial em São Paulo e fora nomeado em 19 de julho de 1854 como professor da Academia de Direito do Largo de São Francisco[3], durante a reforma dos cursos jurídicos. Tal era a eloquência e a capacidade de lecionar de Antônio Joaquim Ribas que Alberto Nogueira escreve sobre as suas virtudes de professor:

---

1 Elogio do patrono da cadeira n.° 39, da Academia Paulista de Direito, pelo Acadêmico-titular Carlos S. de Barros Júnior, proferido na sala "João Arruda", da Faculdade de Direito da USP apud. BARROS JÚNIOR, C. S. DE. Antônio Joaquim Ribas (o conselheiro Ribas). Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 69, n. 2, p. 239-253, 1 jan. 1974.

2 Elogio do patrono da cadeira n.° 39, da Academia Paulista de Direito, pelo Acadêmico-titular Carlos S. de Barros Júnior, proferido na sala "João Arruda", da Faculdade de Direito da USP apud. BARROS JÚNIOR, C. S. DE. Antônio Joaquim Ribas (o conselheiro Ribas). Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 69, n. 2, p. 239-253, 1 jan. 1974.

3 Assinala-se mesmo, como acontecimento marcante de sua vida, o seu encontro com esse personagem. Sob sua influência, teria formado a sua cultura humanista, aprendendo, segundo refere Vampré, "filosofia, história universal, literatura, latim, grego, francês, inglês e alemão", o que lhe dava, ao tempo de seu ingresso na Academia de Direito de São Paulo, preparo superior ao da maioria dos estudantes de sua idade. Colabora com Júlio Frank na redação de um a "História Universal".
Jorge Americano, que lhe traça a biografia, escreve a propósito: "trabalharam juntos na obra, parece fácil reconhecer o estilo do primeiro na obra do segundo". BARROS JÚNIOR, C. S. DE. Antônio Joaquim Ribas (o conselheiro Ribas). Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 69, n. 2, p. 239-253, 1 jan. 1974.

[Sumário]

> Ninguém sobre ele se avantajou no exercício do alto magistério. Era um lente completo. Metódico e claro na exposição, profundo nas investigações, criterioso nos conceitos, lógico e agudo na crítica, invencível na argumentação. E todas estas vantagens realçadas, quanto à forma, por palavra fluente e elegante, dicção nítida e voz de agradável timbre.[4]

Antônio Joaquim Ribas em 1860 publica a obra premiada Direito Administrativo Brasileiro. Esta recebe a titulação de aprovada pela Resolução Imperial de 9 de fevereiro de 1861 para uso das aulas das Faculdades de Direito do Recife e São Paulo, com grande tradição jurídica[5]. Na mesma época, recebe em 1861 a titulação de doutor. Essa obra se torna, ao lado da obra do Visconde de Uruguai, grande referencial para os estudos da Administração Pública e Direito Administrativo.

Embora o famoso conselheiro Ribas tenha sido notável em âmbito de Direito Civil, Antônio Joaquim Ribas traz nessa obra, e em seus ensinamentos, grande colaboração para o direito administrativo e para o ensino jurídico no Brasil. Ele foi um dos primeiros estudiosos e docentes de Direito Administrativo, tanto do Brasil quanto do mundo.

> Decreto de 1851 havia autorizado a criação da cadeira [de direito administrativo], a qual veio a ser instalada de 1853 a 1854 e colocada no 5° ano do curso.

Esclarece Ferreira de Rezende que o ensino da disciplina se tornou efetivo em 1855.

Era matéria inteiramente nova. Atente-se que, até mesmo na França, era recente a criação da cadeira.[6]

Antônio Joaquim Ribas torna-se grande baluarte na construção de um Direito Administrativo pátrio, verificando importância dos estudos feitos em outros países para tratar da relação entre Administração e administrado. Ribas faz refletir na sua obra as mais importantes correntes do pensamento jurídico do século XIX.

Conhecedor de diversas línguas, estudou variadas fontes, notadamente a doutrina alemã e francesa e a influência das escolas filosófico-jurídicas de sua época, de forma que via o Direito numa ótica histórica, que se configurava em uma força viva, gerado e gerador da história.

---

4 HIRATA. Alessandro. Conselheiro Ribas: o sistematizador do Direito Civil brasileiro. In Notáveis do Direito, Jornal Carta Forense. 09/11/2011. Disponível em http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/conselheiro-ribas-o-sistematizador-do-direito-civil-brasileiro/7568

5 NOGUEIRA. Alberto. Apud. BARROS JÚNIOR, C. S. DE. Antônio Joaquim Ribas (o conselheiro Ribas). Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 69, n. 2, p. 239-253, 1 jan. 1974.

6 "Direito Administrativo Brasileiro", obra premiada e aprovada pela Revolução Imperial de 9 de fevereiro de 1861, adotada para servir como compêndio nas Faculdades de Direito do Recife e São Paulo. Foi editada no Rio de Janeiro, em 1866." In BARROS JÚNIOR, C. S. DE. Antônio Joaquim Ribas (o conselheiro Ribas). Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 69, n. 2, p. 239-253, 1 jan. 1974.

[Sumário]

Pelo Decreto de 29 de dezembro de 1863, Antônio Joaquim Ribas é nomeado para a Comissão encarregada de examinar o código civil esboçado por Teixeira de Freitas. A Comissão suspende seus trabalhos em 31 de agosto de 1865, por estar incompleto o projeto apresentado, após a análise de apenas 15 artigos. Em 1871, Conselheiro Ribas foi incumbido de consolidar a legislação brasileira referente ao processo civil. A Resolução Imperial de 28 de dezembro de 1876 passa a ser chamada Consolidação das Leis do Processo Civil do Conselheiro Ribas.

Antônio Joaquim Ribas vem a falecer em 22 de fevereiro de 1890, em Petrópolis com 71 anos.

O Conselheiro Ribas foi um estudioso de primeira grandeza. Sua formação primorosa, com o domínio de diversas línguas estrangeiras, tornou-o notável estudioso dos principais desenvolvimentos da ciência jurídica. “Foi um percussor da Escola Histórica de Hugo e Savigny no país, tendo neste último o seu grande modelo”[7]. Cabe lembrar, ainda, a rivalidade com outro grande jurista contemporâneo a ele: Lafayette Rodrigues Pereira. “Menos político e mais científico, o Conselheiro Ribas é um marco não apenas na Academia Paulista, mas do direito civil pátrio do século XIX.”[8]

7 OGUEIRA. Alberto. Apud. BARROS JÚNIOR, C. S. DE. Antonio Joaquim Ribas (o conselheiro Ribas). Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 69, n. 2, p. 239-253, 1 jan. 1974.

8 HIRATA. Alessandro. Conselheiro Ribas: o sistematizador do Direito Civil brasileiro. In Notáveis do do Direito, Jornal Carta Forense. 09/11/2011. Disponível em http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/conselheiro-ribas-o-sistematizador-do-direito-civil-brasileiro/7568

[Sumário]

Do Direito Administrativo

Conselheiro Ribas divide sua obra sobre direito administrativo em: noções preliminares do objeto do Direito Administrativo; a organização da Administração que intitula como "administração espontânea"; serviços administrativos relativos aos interesses do Estado; serviços relativos aos interesses dos administrados; e administração contenciosa, a qual terá enfoque maior em nosso trabalho.

O autor comentado sistematiza que há noções que deverão nortear o estudo do Direito Administrativo em todo seu trabalho. No primeiro título há o plano de obra em que se propõe a não expor um tratado completo sobre a seara administrativa[9], mas sim, em lançar as bases do sistema e trazer noções sintéticas a respeito das instituições políticas de Direito Administrativo[10]. Além disso, o autor demanda que futuros juristas se empenhem em posteriores estudos complementares ao dele. Aduz que saber a respeito de Direito Administrativo não se trata de conhecer o "vastíssimo labirinto de leis" que o regem, mas ter saber da jurisprudência[11] e da visão dos grandes jurisconsultos[12].

O autor prossegue nesse título explicando que o objeto do Direito Administrativo é regular as relações reciprocas da administração e dos administrados, começando seu estudo pela natureza das duas entidades e das suas relações. Divide as noções preliminares em três títulos: os princípios abstratos e propedêuticos do Direito Administrativo e suas fontes; as ideias elementares, relativas à natureza da administração em geral, às suas relações com os poderes políticos, às condições de sua organização interna, à natureza de suas funções, às classificações de seus agentes e fórmulas de seus atos; por fim, as que se referem aos administrados, suas grandes classificações e direitos em geral.

---

9 Ibidem

10 "Não nos propomos a expôr neste trabalho um tratado completo do Direito Administrativo Patrio; tentar coordenar toda nossa vastíssima e confusa legislação administrativa e deduzir Idelia um systema desenvolvido em todos os seus ramos com applicações, fôra empreza sobremaneira ardua e laboriosa para poder ser desempenhada de um jacto com feliz exito; e ainda mais para quem tem de distrahir a sua attenção para outros serviços de imperiosa necessidade.

Assim, apenas pretendemos agora lançar as bases desse systema; expôr as noções mais syn-theticas, que logicamente decorrem de nossas instituições politicas e administrativas, e devem servir de preliminares ao Direito Administrativo Patrio, e de fio conductor para mais tarde penetrarmos no vasto e escuro labyrintho de nossa legislação administrativa até ás suas mais reconditas profundezas. Concluido este trabalho, deve-se julgar constituída a sciencia; e os estudos posteriores nada mais serão do que desenvolvimentos especiaes e complementares deste.

Cumpre-nos, porém, lembrar que, comquanto seja formalmente circumscripto o assumpto deste trabalho, contém elle a parte mais difficil e importante da grande obra da organisação do nosso Direito Administrativo." In RIBAS. Antônio Joaquim. Direito administrativo Brasileiro. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, p. 2

11 Ibidem

12 A palavra jurisprudência utilizada por Antônio Joaquim Ribas se refere não à concepção moderna de conjunto de julgados, mas sim a devida experiência e sabedoria acumulada pelos estudiosos e operadores do direito.

[Sumário]

No primeiro título ele trata da Ciência do Direito Administrativo, o qual lança noções propedêuticas para estudo do direito administrativo.

O autor inicia o título 1º, em seu capítulo primeiro, a definição do Direito Administrativo, com a pergunta "o que é o direito administrativo?", traz à luz diversos posicionamentos de autores como De Gerand (da Bélgica), Laferrière (da França), Furtado de Mendonça (Brasil) e em especial Pimenta Bueno, que propõe duas óticas: da ciência e do direito positivo. A posição de Antônio Joaquim Ribas é explicitada desta forma:

> Para nós também o Direito Administrativo se apresenta sob dous aspectos diversos, segundo o estudamos no sentido restricto ou amplo.
>
> Considerado no sentido restricto, isto é, como verdadeira disciplina juridica, não póde abranger mais do que o estudo de direitos e deveres, e estes não podem ser outros senão os que emanão das relações da administração para com os indivíduos sobre quem exerce a sua acção.
>
> No sentido amplo, deve elle compreender tambem o conhecimento synthetico dos elementos; assim collocados em face um do outro, na sua intima natureza e mutua acção, ou nas relações que os ligão [sic].
>
> Assim, no sentido restricto, o Direito Administrativo é a sciencia dos direitos e deveres recíprocos da administração e dos administrados, e no sentido amplo é a sciencia que ensina a organisação administrativa, tanto nos seus elementos fundamentaes e universaes, como no seu desenvolvimento pratico em um povo dado; o modo pelo qual ella actua sobre a massa geral da população, ou os seus centros parciaes, isto é, os serviços incumbidos aos seus agentes geraes ou locaes; as fórmas de que os seus actos se revestem, e as modificações juridicas que em face delles e sob sua influencia soífrem os administrados em seus direitos e obrigações [sic].13

Observa-se que o autor traz concepções modernas de que o direito administrativo é a ciência dos direitos recíprocos entre Administração e administrado.

No século XIX o iluminismo começa a difundir-se nos ambientes intelectuais e nas formas de governo do ocidente, em razão das revoluções liberais burguesas de 1776 dos Estados Unidos da América e de 1789 da França. Apesar de terem suas peculiaridades em relação à origem, forma, razões, e grupos que as conduziram, estas comungaram dos ideais liberais e racionalistas que compõe o iluminismo, ou ilustração, em face do chamado "Antigo Regime" na França.

A relação entre Estado absolutista e súditos começa a ganhar outros aspectos e a perspectiva do cidadão e Estado muda completamente. O regime de tripartição de poderes ganha força no cenário ocidental, oriundo da tese montesquiana de que o poder executivo administra, o legislativo legisla e o judiciário julga.

13 RIBAS. Antônio Joaquim. Direito Administrativo Brasileiro. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, p. 3

[Sumário]

O judiciário que desde a época dos jurisconsultos romanos se incumbia dos litígios de natureza privada, também passa a julgar conflitos administrativos, diante da nova noção de relação entre Estado e administrado. Em diversos países, o Estado é admitido em lides, possuindo ou não direitos próprios.

Antônio Joaquim Ribas, em seu estudo sobre o objeto do direito administrativo, indentifica um sentido restrito e um sentido amplo. O primeiro, restrito e próprio, tem exclusivamente por objeto os direitos e deveres da Administração para com os administrados, e destes para com aquela. Ao passo que o sentido amplo compreende:

> I. As noções mais syntheticas e fundamentaes acerca das duas entidades — administração e administrados.
>
> II. A exposição da organisação administrativa ou da hyerarchia dos funccionarios e empregados da administração.
>
> III. O estudo das funcções e serviços da administração activa, tanto em relação aos interesses do Estado, como aos dos particulares.
>
> IV. A doutrina da competencia e formulas da administração contenciosa [sic].14

A concepção ampla do objeto do direito administrativo é adotada pelo Conselheiro Ribas, por sua abrangência[15] e pela impossibilidade de se regular completamente as relações entre Administração e administrados. Contudo, aduz que para fins acadêmicos há necessidade de separar a substância jurídica destes conhecimentos das suas partes complementares, que se referem à organização administrativa e às suas atribuições hierárquicas[16]. De tal forma que o autor foi precursor da diferenciação no Brasil da ciência da administração e do direito administrativo. In verbis:

> A Sciencia da Administração é a que ensina o modo pelo qual se acha, ou deve achar-se, constituído o mecanismo administrativo para poder preencher satisfactoriamente a sua missão, as relações hyerarchicas dos seus funccionarios e empregados, e a parte material e technica dos serviços que lhes são individualmente incumbidos.
>
> (...)
>
> Comparada esta noção com a do Direito Administrativo no sentido restricto, tornão-se evidentes as suas profundas differenças. A primeira abrange todos os preceitos positivos que constituem a administração e dirigem a sua acção, e os princípios geraes que explicão ou devem explicar aquelles preceitos; emquanto a segunda, sem occupar-se com a boa ou má constituição interna do mecanismo administrativo, só trata dos direitos e deveres que nascem das suas relações externas com os particulares. A primeira é sciencia propria do politico e do administrador; entretanto a segunda é propria do jurisconsulto, e interessa á totalidade dos administrados [sic].

14 RIBAS. Antônio Joaquim. Direito Administrativo Brasileiro. Imprensa Nacional. Rio de Janeiro. P. 14
15 RIBAS. Antônio Joaquim. Direito Administrativo Brasileiro. Imprensa Nacional. Rio de Janeiro. P. 19
16 Idem, p.25

[Sumário]

Era necessário diferenciar esses dois institutos, para evitar a confusão entre as áreas de atuação, uma vez que o direito administrativo nasceu dos deveres e direitos do Estado e administrado. Contudo, o jurisconsulto afirma a indisponibilidade da ciência da administração para o direito administrativo:

> O estudo do Direito Administrativo presuppõe, portanto, até certo ponto o da Sciencia da Administração, e é por este motivo que preferimos a accepção ampla deste direito, afim de podermos comprehender em nosso quadro ao menos os resultados geraes daquella sciencia, já que ella entre nós não fórma o objecto especial do estudo de instituição alguma.[17]

Destaque-se que Antônio J. Ribas afirma a indisponibilidade de outras ciências para auxiliar ao direito administrativo e à Administração, como: economia, história, sociologia e etc..[18]

Ademais, prossegue na sua explanação, elencando as categorias de direito público positivo, dividido em interno e externo. O primeiro se dividiria em Direito Político e Direito Administrativo; ao passo que o segundo se dividiria em Direito Internacional e Direito Eclesiástico.

O Direito Administrativo decorre do conhecimento das leis que organizam a administração, e princípios que constituem o poder das instituições, enquanto que o Direito Político fornece estas noções, além das normas que regulam as relações dos poderes entre si, a intervenção nos negócios públicos e os direitos políticos[19]. Aduz Ribas que é dever da Administração e, portanto, do Direito Administrativo a vigilância e proteção aos interesses do Estado, e aos individuais dos súditos[20].

17 Assinala-se mesmo, como acontecimento marcante de sua vida, o seu encontro com esse personagem. Sob sua influência, teria formado a sua cultura humanista, aprendendo, segundo refere Vampré,"filosofia, história universal, literatura, latim, grego, francês, inglês e alemão", o que lhe dava, ao tempo de seu ingresso na Academia de Direito de São Paulo, preparo superior ao da maioria dos estudantes de sua idade. Colabora com Júlio Frank na redação de um a "História Universal".
Jorge Americano, que lhe traça a biografia, escreve a propósito: "trabalharam juntos na obra, parece fácil reconhecer o estilo do primeiro na obra do segundo". BARROS JÚNIOR, C. S. DE. Antônio Joaquim Ribas (o conselheiro Ribas). Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 69, n. 2, p. 239-253, 1 jan. 1974.
18 Ibidem
19 Idem, p.25
20 Idem, p.27

[Sumário]

Conselheiro Ribas elenca um dos primeiros escritos para o estudo do direito administrativo no Brasil contendo fontes que deveriam ser estudadas. Ele discorre observando primeiramente as leis que tocam ao Direito Administrativo, contido no art. 179 § 1º da Constituição Imperial de 1824[21]. Além disso, coloca como demais fontes, à época, atos regulamentadores do poder executivo, com a condição de que estejam "dentro da órbita constitucional, isto é, enquanto somente têm por fim a boa execução das leis, participam da força obrigatória destas"[22]; são fontes secundárias do Direito Administrativo. Estes atos quando criarem obrigações ou suprimirem direitos deverão decorrer de alguma lei[23].

Ao final do capítulo sobre fontes do Direito Administrativo, o referido autor vem sintetiza:

> Assim, o Direito Administrativo Patrio Geral tem por fontes:
>
> I. Os actos do Poder Constituinte, a Constituição Politica do Imperio, e o Acto Addicional á ella: são estes os títulos da legitimidade de todos os poderes politicos, a matriz e o padrão de todas as leis, a origem primitiva de todos os direitos e obrigações na sociedade politica.
>
> II. Os do Poder Legislativo Ordinario; nesta classe acha-se comprehendida, não só a legislação posterior á independencia, como a anterior á ella, mandada vigorar pela citada lei de 20 de Outubro de 1823.
>
> III. Os do Poder Executivo, a saber: os seus decretos, instrucções, regulamentos, as resoluções sobre consulta do conselho de estado, e supremo tribunal militar, ou sobre pareceres das sessões daquelle, as provisões deste, os avisos, portarias, ordens do thesouro e dos ministros, etc.[24]

21 Idem, p.32

22 Sendo uma das partes mais importantes da missão da administração a vigilancia e protecção aos interesses do Estado, e aos individuaes dos subditos, em relação às nações estrangeiras; incumbindo-lhe a organização e gerencia de importantes serviços, destinados a exercer aquella vigilancia e protecção, tornase evidente a relação estreita que existe entre o Direito Internacional, que trata das relações externas dos Estados entre si ou com os subditos dos outros Estados, e o Direito Administrativo, tanto no sentido restricto, como principalmente no amplo. O Direito Publico Ecclesiastico, que ensina a constituição da igreja e os poderes concedidos â hyerarchia sacerdotal pelo seu Divino Instituidor, que define e regula as relações do poder politico para com o ecclesiastico, não pode também deixar de ser considerado como um dos poderosos auxiliares do Direito Administrativo. In Idem, p.29

23 Constituição Política Do Império Do Brazil (De 25 De Março De 1824). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm

24 RIBAS. Antônio Joaquim. Direito Administrativo Brasileiro. Imprensa Nacional. Rio de Janeiro. P. 34

[Sumário]

A Organização os Poderes Do Império Brasileiro

No segundo título de sua obra, Antônio Joaquim Ribas vem tratar a respeito da "Administração espontânea", que pressupõe noções gerais elencadas no prefácio, destacando o enfoque eminente de seu trabalho. Vejamos:

> Titulo 1º Da administração geral. Noções geraes.—
> Divisões administrativas.
> Do chefe supremo do estado, como imperante, depositario do poder moderador, e chefe do executivo.
> Do conselho de estado ; sua historia, organização, funcções e processo.
> Do ministério, sua organização e responsabilidade;
> Das funcções governamentaes do poder executivo em relação á administração interna, aos poderes legislativo e judicial, ás associações politicas e não politicas estrangeiras.
> Das funcções administrativas communs á todos os ministerios, e especiaes a cada um delles.
> Titulo 2. º Da administração das províncias.
> Noções geraes.
> Dos presidentes de província; das suas funções quanto aos serviços geraes e provinciaes; necessidade de conselhos de presidencia.
> Dos serviços geraes, relativos a cada um dos ministerios.
> Dos serviços provinciaes; extensão de cada uma das attribuições legislativas das assembléas provinciaes.
> Titulo 3.° Da administração municipal.
> Considerações historicas.
> Da organização das camaras municipaes.
> Das suas funcções.
> Das reformas necessarias.
> Titulo 4.° Das condição, direitos e devores dos funcionarios e empregados publicos.
> Da sua nomeação, promoção, remoção, aposentadoria e demissão.
> Das suas vantagens pecuniarias e honorificas.
> Da subordinação e responsabilidade administrativa.
> Tal é o assumpto, que ora elaboramos; assim Deos nos auxilie.

Elabora apenas dois poderes: executivo ou político e legislativo. O autor afirma que participam do poder político os poderes executivo e legislativo, em que o legislativo prescreve normas gerais e o executivo torna efetivo seu cumprimento[25].

25 Ibidem

[Sumário]

Na obra verificamos que dentro do poder executivo haveria três poderes, quais sejam: o poder governamental, administrativo e judiciário. Nesse viés elucida:

> O ramo governamental, que tambem se denomina politico, no sentido restricto, tem uma missão inteiramente morale de superitendencia.
>
> Incumbe-lhe perscrutar attento. as tendencias da opinião publica para esclarecê-las, e guia-las; estudar as paixões do povo para modera-las, dirigi-las e aproveita-las em prol da causa publica; sondar todas as suas necessidades, todos os seus soffrimentos para sana-los, ou ao menos attenua-los; finalmente cumpre-lhe, inspirando-se do pensamento nacional, formular princípios claros e exequíveis, transmítti-los aos agentes da administração, e traçar-lhes as vias que no seu desenvolvimento devem trilhar. O seu codigo é o Direito Publico externo e interno.[26]

O poder moderador decorria do direito divino dos reis que seriam, segundo o autor, a expressão de um poder já concedido anteriormente ao Estado[27]. Além disso, o poder moderador seria alicerce de manutenção e equilíbrio dos outros poderes[28]. Este poder está consubstanciado no artigo 10º da Constituição de 1824, in verbis:

26 Ibidem, p.36

27 Denomina-se poder politico, em geral, o que é incumbido de realizar a missão do Estado.
As suas funcções se resumem nestas duas supremas: —prescrever as normas que devem dirigir os associados, em relação ao interesse social, e tornar effectiva a realização dessas normas. Quanto á natureza de suas funcções, o poder divide-se, pois, em legislativo e executivo.

28 In RIBAS. Antônio Joaquim. Direito Administrativo Brasileiro. Imprensa Nacional. Rio de Janeiro. P. 51

[Sumário]

> Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Império do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial [sic].[29]

O poder judiciário, à época chamado de "poder judicial", gozava de independência e autonomia e não era exercido pelo imperador como chefe do poder. O poder judicial era exercido pelos juízes e jurados, em que os primeiros aplicariam a lei e os últimos se pronunciariam pelos fatos, e em segunda instância as Relações provinciais. Na instância máxima havia o Supremo Tribunal de Justiça que era situado na Capital Imperial do Rio de Janeiro. Nesse sentido, elucida o Conselheiro Ribas:

> Pertence ao ramo judiciario velar sobre as relações individuaes e reciprocas dos associados, fazer respeitar os direitos e deveres que delias nascem, e applicar as leis de penalidade commum. O seu codigo é o Direito Privado em seus diversos ramos [sic].[30]

---

29 A sociedade é a condição imposta â realização da lei suprema da perfectibilidade, que resume e explica os destinos do homem na terra. O poder é ao mesmo tempo a arma com que a sociedade se defende, e a mola mais poderosa com que facilita e auxilia o desenvolvimento da perfectibilidade humana. O Estado, porém, não abrange toda a sociedade e seus multiplos fins. Elle é apenas o orgão, que tem por funcção exprimir e applicar a idéa do direito. Ora, além deste ha outros elementos constitutivos da natureza humana, como as idéas de religião, de sciencia, de esthetica e de industria, cada uma das quaes tende a crear-se na sociedade um organismo especial para a sua manifestação e desenvolvimento. Até agora, porém, só o direito e a religião são revestidos de organismos amplos e completos,— o Estado e a Igreja.
As relações sociaes concernentes a cada um destes elementos são regidas por leis providenciaes, mais ou menos fielmente traduzidas pelas instituições humanas. E tão infinitamente sabia é a combinação dessas leis, que a liberdade individual póde mover-se largamente sem quebrar a harmonia geral do mecanismo social, nem interromper as evoluções logicas do seu desenvolvimento.
(...)
Assim, o poder politico não tem só por fim interpretar e aplicar o direito ; cumpre-lhe também coadjuvar o desenvolvimento e realizarão da religião, da sciencia, da esthetica e da industria. Não lhe compete sómente proteger a existência externa da sociedade, baldando todas as ameaças e perigos que venhão de fóra, e subordinar ao fim social todos os fins parciaes das individualidades ou fracções díscolas.
Além desta missão puramente negativa, tem ele outra mais vasta e mais importante: cumpre-lhe crear e manter aquellas instituições, que sendo indispensaveis aos fins da universalidade, ou das grandes fracções da sociedade, não podem subsistir pelos esforços segregados dos indivíduos, e sem o prestigio da autoridade e os recursos financeiros do Estado; promover es interesses geraes ou collectivos, que, por isso mesmo que a todos ou a muitos dizem respeito, e não exclusivamente a alguem, ficarião deleixados sem a vigilancia protectora do poder; finalmente, concentrando em si mesmo, como em um foco, todas as luzes esparsas na nação, tomar a dianteira na carreira da civilisação, abrir á sociedade larga e facil estrada, e evitar que ella se transvie por perigosos atalhos
(...)
Guiada pela mão occulta e irresistível da Providencia, caminha livremente a sociedade humana para o seu ultimo e mysterioso fim. Ao poder politico incumbe investigar as vias mais adequadas para a realização do direito, e auxiliar o múltiplo desenvolvimento da natureza humana, designando os fins secundarios que servem da meios para esse ultimo e providencial, e que são como que os marcos milliarios na longa jornada da vida das nações. In RIBAS. Antônio Joaquim. Direito Administrativo Brasileiro. Imprensa Nacional. Rio de Janeiro. P. 45

30 Para manter essa harmonia é mister que exista uma autoridade suprema, que mais ou menos participe das funcções de todos os poderes, de sorte que possa estimula-los ou reprimi-los, segundo fôr necessario. In RIBAS. Antônio Joaquim. Direito Administrativo Brasileiro. Imprensa Nacional. Rio de Janeiro. P. 53

[Sumário]

Por fim, o poder moderador é o corolário do que afirma o artigo 11 da Constituição Imperial que preconiza o Imperador e a Assembleia Geral como representantes da Nação. O poder moderador aparece no Brasil Imperial com o condão de manter a unidade nacional e garantir harmonia e equilíbrio entre os demais poderes[31], sendo exercido pelo Imperador conforme artigo 98[32].

O executivo também é exercido diretamente pelo Imperador, sendo seu chefe, e indiretamente, exercendo pelos seus ministros, na forma do artigo 102 da Charta Magna de 1824: "Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e exercita pelas secretarias de Estado compostas pelos seus respectivos Ministros de Estado."[33]

Na esfera do poder executivo havia a função que era o poder de administrar. Tal parte do poder executivo também chamada "Administração" era exercida por diversos agentes desde o imperador, ministros até agentes públicos[34]

Havia também o Conselho de Estado, órgão consultivo do executivo que tinha por finalidade a tomada das melhores decisões em casos de matéria grave para a Nação e em qualquer situação em que o Imperador se proponha a exercer o poder moderador[35].

Nota-se que o Imperador integrava a dinâmica dos poderes, ao mesmo tempo que se situava como seu superior, situando-se em grau superior de governança. O Imperador era, conforme artigo 99[36], isento de qualquer responsabilidade, podendo exercer um poder equitativo aos outros poderes (o executivo), bem como um poder superior aos outros dois.

---

31 Constituição Política Do Império Do Brazil (De 25 De Março De 1824). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm

32 . In RIBAS. Antônio Joaquim. Direito Administrativo Brasileiro. Imprensa Nacional. Rio de Janeiro. P. 49

33 O nosso systema politico reconhece os poderes legislativo e executivo; e, desmembrando deste as funcções judiciarias, com ellas constitue um poder distincto. (Const. art. 10,) A todos proclama independentes, e considera como delegações da nação. (Const. art. 12 a 98.)

Embora, porém, tenha elle procurado atentamente equilibrar e harmonizar as funcções destes poderes, previo que a sua independência facilmente degeneraria em rivalidade e luta, ou na sua final absorpção por um delles, isto é, na anarchia, ou despotismo, senão existisse uma entidade superior á todas; á quem competisse velar incessantemente sobre elles, para contel-os dentro de suas orbitas proprias.

Para este fim foi instituído o poder moderador, á quem se incumbio esta suprema missão de superintendencia, ponderação e direção sobre os mais podereres. (Const. art. 98). In In RIBAS. Antônio Joaquim. Direito Administrativo Brasileiro. Imprensa Nacional. Rio de Janeiro. P. 54

34 Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organisação(sic) Politica, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia(sic), equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos. In Constituição Política Do Império Do Brazil (De 25 De Março De 1824). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm

35 Ibidem

36 Ibidem

[Sumário]

A intervenção do poder moderador restava nas hipóteses consubstanciadas no artigo 101, incisos VII, VIII e IX, bem como no inciso III do artigo 102:

> Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador
> (...)
> VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154.
> VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos (sic) condemnados (sic) por Sentença.
> IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.
>
> Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado.
> (...)
> III. Nomear Magistrados.[37]

A distinção feita por Antônio Joaquim Ribas demonstra o duplo viés do executivo – poder executivo político ou governamental, e poder administrativo – e a subordinação interna de seus desdobramentos. O Poder Administrativo é, portanto, secundário e subordinado ao Poder Político. Organiza o pensamento deste e o põe por obra. Além disso, a noção de Direito da Administração e do administrado perante a Administração passava pela ideia de súdito e imperador, cujo interesse era sagrado e intocável, detendo o munus supremo de manutenção da ordem.

Nessa linha, após uma breve explicação a respeito da separação de poderes e organização do Estado Imperial, verifica-se que diante da interferência do poder moderador e o uso de funções atípicas dos poderes, havia certa dificuldade de situar a Administração em um conflito de interesses que possa existir com um administrado. In verbis:

> Embora pois a Nação tambem seja representada pela Assembléa Geral (Const. art. 11), a preeminencia na attribuição de representa-la cabe ao Monarcha, cujo caracter de soberania emana da sua irresponsabilidade (Const. art. 99) e da posição sobranceira do poder moderador em relação aos outros poderes do Estado.[38]

O judiciário era exercido independentemente, porém, o Imperador poderia suspender os magistrados por queixas feitas dentro das disposições estabelecidas no artigo 154[39]. Além disso, havia a possibilidade de perdoar e moderar penas impostas a réus condenados em processo e conceder anistia.

37 Artigo 142. In Constituição Política Do Império Do Brazil (De 25 De Março De 1824). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm

38 Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

39 Ibidem

[Sumário]

O poder legislativo também gozava de independência e autonomia pela delegação da competência legiferante da Nação e com sanção do Imperador. Era organizado na Assembleia Geral, composta por duas câmaras: a câmara dos deputados e o Senado, ou câmara dos senadores, conforme artigo 14[40] da Magna Charta imperial. A legislatura dos membros da Câmara dava-se por eleição indireta e teria duração de quatro anos, ao passo que a legislatura do Senado era vitalícia. Os membros do Senado eram eleitos pelas províncias correspondentes e integravam-na os príncipes da Casa Imperial ao completarem vinte e cinco anos[41]. As províncias tinham como casas legislativas as Câmaras dos Districtos e Conselhos Geraes de Província.

Da mesma forma que o "poder judicial", haveria a ingerência do poder moderador nas exceções constitucionais. Estas estavam insculpidas nos artigos 13; 14, inciso I; e nos incisos do artigo 101 da Constituição de 1824, a saber:

> Art. 13. O Poder Legislativo é delegado á Assembléa(sic) Geral com a Sancção(sic) do Imperador.
>
> Art. 15. É da attribuição da Assembléa Geral
> I. Tomar Juramento ao Imperador, ao Principe Imperial, ao Regente, ou Regencia.
>
> Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador
> (...)
> I. Nomeando os Senadores, na fórma(sic) do Art. 43.
> II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio.
> III. Sanccionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62.
> IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87. (Vide Lei de 12.10.1832)
> V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua.

A divisão dos poderes não garantia a independência e a autonomia entre si, pois havia uma linha tênue de ingerência em um poder no outro. As funções atípicas dos poderes permitiam o exercício de atribuições diferentes àquelas que originalmente foram-lhe conferidas: no Império Brasileiro as funções típicas de julgar pertencente ao judiciário, de legislar ao legislativo e de administrar ao executivo, possuíam exceções.

Tais confusões de competência, capacidade e hierarquia entre os poderes dificultava situar a Administração em um eventual conflito de interesses que pudesse existir com um administrado.

A posição do Conselheiro Ribas demonstra uma clara visão de que o interesse coletivo era supereminente. O chamado interesse da Nação, representado pelo Imperador e pela Assembleia Geral, desdobrava-se no zelo da ordem e do bem-estar do Estado em detrimento do interesse do particular.

40 In RIBAS. Antônio Joaquim. Direito Administrativo Brasileiro. Imprensa Nacional. Rio de Janeiro. P. 55
41 Ibidem

[Sumário]

Diferenciações Entre o Processo Judicial e o Processo Administrativo no Segundo Reinado

Na opinião de alguns autores da época o Estado não poderia figurar como polo de uma lide a ser submetida ao judiciário, uma vez que a própria Administração deveria ser a única competente para julgar ato que lhe coubesse. Antônio Joaquim Ribas em sua obra Direito Administrativo Brasileiro descreve a preponderância do contencioso administrativo para julgamentos que o Estado é parte. *In verbis*:

> Os julgamentos do contencioso administrativo devem, pois, ser subjeitos á revisão em superior instancia, onde os administrados sejão de novo admittidos a discutir e sustentar os seus direitos.
>
> Mas a quem deverá ser dada a attribuição de conhecer destes recursos? E' manifesto que não poderá sel-o ao proprio administrador de quem se recorre, cujo juizo está prevenido e que naturalmente persistirá pela maior parte das vezes no juizo que uma vez proferio.
>
> Entendem alguns que esta attribuição não póde caber em vista da nossa lei fundamental senão ao poder judicial, e que só este offerece as necessarias seguranças de imparcialidade e de acerto. Mas nenhum artigo encontramos na Constituição donde se possa deduzir semelhante doutrina.
>
> Pelo contrario, no art. 151 ella determina que o poder judicial será composto de juizes e jurados, que terão lugar no civil como no crime; a competencia deste poder acha-se pois limitada ao civil e crime, e delia excluído o administrativo.
>
> Demais, quando tão explicita não fosse a Constituição, assas seria a distincção fundamental que a sciencia faz entre a esphera de acção do poder judicial e a da administração; e sempre devera ella ser interpretada de accordo com os princípios da sciencia.
>
> Nem essa doutrina é conciliavel com o principio da independencia dos poderes,consagrado pelo art. 98 da Constituição; porquanto, o executivo seria collocado em posição de dependência e subalternidade em relação ao judicial, desde que os seus actos estivessem subjeitos á revisão e a confirmação deste poder, sempre que approuvesse ás partes interpor recurso delles á pretexto de lesão em seus direitos [sic].[42]

A Administração em suas lides deveria julgar matérias em que fosse parte, pois tratariam de interesses gerais, e para tanto não poderia se submeter a outro poder, qual seja: o judiciário.

A concepção de que o poder executivo era exercido também pelo Imperador consagra-o como defensor da Nação, devendo zelar pelo interesse geral, assim, nenhum órgão, direta ou indiretamente administrado, poderia se submeter ao julgamento que tem por fim solver lides de esfera privada. Ademais, seria, segundo a visão dos autores da época, uma violação da separação de poderes.

42 Ibidem

[Sumário]

O contencioso administrativo tem relação intrínseca com a atribuição da Administração em anular seus próprios atos e os interesses gerais da nação. Antônio Joaquim Ribas verificava a necessidade de resguardar ao mesmo tempo o poder administrativo de forma de atuar propriamente em interesse coletivo e o direito do administrado.

O contencioso administrativo remonta aos períodos coloniais em que o Conselho Real de Fazenda deveria julgar as litigâncias entre a Coroa portuguesa e os administrados em matéria fiscal. Antônio Joaquim Ribas teve suma importância nesse período de indefinição do contencioso administrativo, tendo em vista as grandes transformações dessa área e o crescimento do estudo do tema no Brasil, além de ser um professor de renome.

A concepção do período do pós Independência até o Segundo Reinado foi a da jurisdição única, em que os juízes deveriam julgar lides tanto da esfera privada quanto da pública, sem distinção. Conselheiro Ribas, em sua obra ilustra:

> Mas assim como os magistrados judiciarios exercião, e ainda exercem, numerosas e importantes funcções administrativas, do mesmo modo autoridades de natureza indisputavelmente administrativas exercião funcções judiciarias, taes como; O conselho da real fazenda (Lei de 22 de Dezembro de 1761);extincto pela de 4 de Outubro de 1831 art. 90.)

E complementa:

> A inauguração do systema constitucional representativo entre nós deu nova tendencia ao espirito dos nossos legisladores. Entendeu-se que era necessário separar-se, e distribuir-se por autoridades distinctas, as funcções de ordem diversa, que esses tribunaes exercião; mas, confundindo o contencioso administrativo com o judiciario, pensou-se que ambos erão da competencia do poder judicial, que este devia intervir sempre que houvesse pleito a julgar-se, quer entre os particulares, quer entre estes e a administração.[43]

As causas fazendárias eram julgadas pelos juízes de direito, contudo, diante das constantes condenações à Fazenda Nacional por parte dos juízes territoriais, a Assembleia Nacional se pronunciou no art. 31 da Lei de 24 de outubro de 1832 que ”não será inscripta nem paga dívida alguma que respeite a perda de particulares, por motivo de guerra interna e externa, sem auctorização da Assembléa Geral”. Assim, iniciou-se em matéria tributária a revisão de sentenças judiciais.

43 Art. 46. Os Principes da Casa Imperial são Senadores por Direito, e terão assento no Senado, logo que chegarem á idade de vinte e cinco annos.

[Sumário]

Em 1834 foi promulgada a Provisão de 24 de outubro de 1834 que alargou as competências do Thesouro e das tesourarias que passaram a ter jurisdição para o contencioso administrativo. Esta competência era privativa dos juízes territoriais e caminhou para a formação da jurisdição dentro da Administração, com a Lei de 23 de novembro de 1841, que criou o Conselho de Estado, o qual, segundo Ribas, se deu como uma "suprema corte do contencioso administrativo."[44] Esta lei definiu casos de recurso e o trâmite do processo contencioso perante Conselho de Estado.

O surgimento de um novo sistema de adjudicação administrativa começava a levantar questões a respeito da sua constitucionalidade. Diversos autores se manifestaram a respeito da jurisdição una, enquanto outros invocavam a necessidade de um contencioso administrativo que estava surgindo. A questão fulcral do problema se dava em torno do direito de o poder executivo exercer a jurisdição administrativa, tendo em vista a indefinição da natureza do poder moderador. Os argumentos a favor e contra dependiam da interpretação constitucional.

Por um lado, havia os defensores do sistema unitário, uma vez que este figurava na Constituição, ao passo que os defensores do contencioso administrativo dentro da esfera do poder executivo clamavam pela separação de poderes defendida por Antônio Joaquim Ribas. Havia certa desconfiança na ingerência do poder judiciário no poder executivo, oriunda da Revolução Francesa, o Conselho de Estado do Império brasileiro objetivava função análoga ao Conseil d'État francês. Este órgão que originariamente era meramente consultivo do Imperador do Brasil, passa a ser instância última da jurisdição administrativa brasileira.

Posteriormente dois decretos vieram consolidar as bases do contencioso administrativo fiscal. O Decreto nº 736, de 20 de novembro de 1850 reforma o Thesouro Publico Nacional, e as Thesourarias das Provincias, e o Decreto n. 2343 de 29 de janeiro de 1859, desenvolveu e estendeu as competências do contencioso administrativo fazendário.

Ribas comenta a necessidade que se tinha em diferenciar o que caberia a esfera própria, e traz à luz o decreto mencionado, como uma norma reguladora do contencioso administrativo fiscal. In verbis:

> Se por um lado é necessario que separem-se as funcções judiciarias das administrativas, de modo a tornar realidade a divisão e independencia dos poderes políticos do Estado, como determina a Lei Fundamental art. 9, 10 e 98; por outro é preciso discriminar completamente o contencioso administrativo do judiciario, organizal-o, e desenvolvel-o dentro da sua es-phera propria.
>
> É de esperar-se que esta necessidade seja brevemente satisfeita; e já o Decr. n. 2,343 de 29 de Janeiro de 1859 art. 46 § 1o mandou que o ministro da fazenda expedisse os necessários regulamentos, prescrevendo —á fórma do processo em materia contenciosa administrativa em todas as instancias, á excepção da do conselho de estado; o que, em parte, tem-se feito (Decr. n.2,551 de 17 de Março de 1860 art. 59 e seg.,n. 2,647 de 19 de Setembro de 1860 art. 742 e seg. etc).[45]

44 RIBAS. Antônio Joaquim. Direito Administrativo Brasileiro. Imprensa Nacional. Rio de Janeiro. P. 162

45 RIBAS. Antônio Joaquim. Direito Administrativo Brasileiro. Imprensa Nacional. P. 145

[Sumário]

O autor da época colaciona a normatização do contencioso administrativo fazendário que estava sendo formado dentro do poder executivo, em que o ministro da fazenda deveria expedir os regulamentos a respeito desse contencioso.

O contencioso administrativo na área de Fazenda se demonstra assunto controvertido por se tratar justamente do julgamento de uma relação jurídica propriamente imperativa, qual seja do tributo e do erário público. É de se notar que o protótipo desse contencioso administrativo já estava sendo gerado e necessitava-se cada vez mais de leis para regular.

O Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Fazenda receberam a competência de de fiscalizar os órgãos julgadores do contencioso administrativo, sendo parametrizadores das decisões e guardiões do processo administrativo fiscal. Além disso, o mesmo decreto deu força jurisdicional para as repartições de Fazenda do Tribunal do Thesouro e do Ministro da Fazenda equivalente às decisões proferidas em sede poder judiciário. O contencioso estava ganhando aspecto orgânico e processual.

O decreto, outrossim, outorgou ao Conselho de Estado a competência de anular decisões administrativas de caráter fiscal em casos de excesso de poder e de violação da lei. O Conselho de Estado, antes órgão consultivo do poder executivo, passou a funcionar como guardião do processo administrativo e fiscalizador das decisões e postura dos órgãos julgadores.

O poder executivo deteve a partir dessa época toda a gestão dos próprios atos, fiscalizando-os e julgando-os segundo seus próprios órgãos.

[Sumário]

A Administração Graciosa e Contenciosa

No Segundo Reinado, o poder administrativo era dividido em duas formas de atuação, ou dois aspectos. Sempre que o administrador é colocado em atividade para proferir decisão exerce atos de jurisdição. O poder administrativo

A administração é dividida, segundo Antônio Joaquim Ribas também a jurisdição administrativa, segundo o modo de agir desta que corresponde a cada um, em Administração contenciosa e graciosa[46].

A atuação da jurisdição administrativa pode se fundar em interesses ou direitos, e no que toca a jurisdição graciosa deverá a Administração decidir com base nos interesses, ao passo que a contenciosa o particular deverá fazer valer os seus direitos. Ribas esclarece essas duas espécies de institutos em sua obra mencionada, *in verbis*:

> Interesse é a vantagem que qualquer espera obter de algum acto administrativo, quer seja medida geral, ou favor individual; che importa a idéa de desmembramento da utilidade geral em proveito da particular, e a ausencia do direito.
>
> Direito é o interesse protegido pela lei, quer emane desta directamente, quer de actos regulamentares ou especiaes da administração.
>
> Devemos observar, que a administração não só deve limitar a respeitar os direitos dos administrados; cumpre-lhe tambem attender aos interesses destes, sempre que se não acharem em opposição com os da sociedade; tanto por sentimento de dever como por calculo de prudência convem muitas vezes fazer-lhes concessões, que alias lhes poderia negar sem ferir as leis [sic].[47]

Cabe observar que a palavra “graciosa” deve ser entendida como modo de atuação em que o poder executivo não exerce jurisdição de maneira contenciosa, mas sim voluntária. A Administração graciosa ocorre quando os atos públicos fundados em interesse geral colide com o interesse particular; por outro lado, na contenciosa há uma colisão de direitos.

O autor esclarece que o interesse da particular frente ato estatal se dá pelo proveito daquele diante de um ato da Administração, um desdobramento do interesse geral que beneficia o particular e que não ocorre direito em si. O direito é entendido como interesse particular tutelado pela lei. Tanto os direitos, quanto os interesses, devem ser observados pela Administração, desta forma, deve haver não somente a jurisdição contenciosa, mas também a graciosa ou voluntária.

A distinção de interesse e direito é fundamental para a definição da Administração graciosa e da Administração contenciosa. Além disso, há determinados direitos que não são competência do contencioso administrativo, mas sim do judicial.

---

46 RIBAS. Antônio Joaquim. Direito Administrativo Brasileiro. Tratado da Sciencia da Administração. Imprensa Nacional. P. 149

47 RIBAS. Antônio Joaquim. Direito Administrativo Brasileiro. Imprensa Nacional. P. 150-151

[Sumário]

A jurisdição administrativa graciosa se dá por função essencial do poder executivo no funcionamento de sua administração, e procede discricionariamente dentro dos limites legais. Não se pode discutir tanto judicialmente quanto administrativamente medidas que caibam à jurisdição graciosa, tendo em vista sua discricionariedade e por não se tratar de violação a direitos.

A jurisdição graciosa é discricionária e deve operar segundo interesse geral que pode dar azo a interesse particular, mas este último não é sua finalidade. Deve-se observar tudo dentro dos parâmetros legais, e que o Imperador é o chefe do executivo, ou seja, o ato da administração somente pode ser controlado pela colisão dos direitos.

A jurisdição contenciosa, ao revés, tem atuação diferente, pois é obrigada a socorrer os direitos dos administrados quando ocorre alguma violação. Na esteira das diferenciações cabe mencionar que a Administração graciosa pode agir *ex officio*, ao passo que a contenciosa somente quando provocada por reclamação que produz litígio.

Faz notar também que a jurisdição graciosa tem por condão interesses gerais, ao passo que a contenciosa os específicos, e como esclarece Ribas, somente faz coisa julgada entre as partes, não perante a coletividade. Quando expressa que o contencioso administrativo "participa muito do judicial" quer dizer que o contencioso administrativo é mui similar ao judicial nos aspectos apresentados, diferenciando-se da graciosa que age em caráter discricionário. Prossegue o autor:

> A contenciosa porém está encerrada nos limites da applicação de uma lei, de um regulamento, de um contracto, quando lhe pertence a solução das duvidas que se levantão.
>
> A administração graciosa tem sempre o direito de reformar espontaneamente a deliberação que tomou. Á contenciosa não, porque, pela decisão tomada depois de um litigio administrativo, era um caso dado, ficou liquidado e firmado o direito da parte.[48]

Importa sempre trabalhar com a distinção entre discricionariedade e litígio administrativo, além da distinção entre interesse e direito do particular frente à Administração.

Feita a distinção, Conselheiro Ribas enumera determinadas condições a fim de identificar o contencioso administrativo[49]. A primeira delas é a ocorrência de um ato especial ou um fato particular da Administração. Para que um ato ou fato tenha caráter administrativo, no sentido jurídico, é necessário que emane de uma autoridade administrativa e que diga respeito a algum assunto administrativo. A segunda condição é que se trate de um direito comum, ou seja, que o direito violado não seja nem da esfera civil nem penal. A terceira é que haja colisão entre interesse público de um lado e o direito do particular do outro. A quarta, a necessidade de o ato administrativo não ser discricionário por exigência legal, e se dê em detrimento dos direitos que colidam com o ato.

48 RIBAS. Antônio Joaquim. Direito Administrativo Brasileiro. Imprensa Nacional. Rio de Janeiro. P. 150-151

49 Ibidem

[Sumário]

O contencioso administrativo funciona, como o próprio Conselheiro Ribas definiu, muito similarmente ao contencioso judicial, tendo estrutura e funcionamento próprios, mas com princípios processuais próximos ao do poder judiciário.

[Sumário]

Conclusão

O presente trabalho pretendeu verificar segundo a ótica do renomado jurista e acadêmico Antônio Joaquim Ribas as origens e o funcionamento do contencioso administrativo fiscal na época do segundo reinado. Analisou-se sua bibliografia, cuja obra prima fora premiada, a respeito do processo administrativo do período compreendido entre 1841 até 1889. Verificou-se que a estrutura e as competências sofreram transformações institucionais tornando visíveis as aplicações de novas noções processuais e administrativas estudadas nesse período.

Nota-se que o contencioso administrativo tributário não foi idealizado e pensado tal como o francês, porém a partir do processo histórico e legal verificamos que houve processo administrativo no Segundo Reinado. Este contencioso derivou-se da independência dos poderes e da especificidade da competência administrativa de analisar os direitos e interesses decorrentes de seus atos.

A institucionalização da justiça administrativa foi exaltada pelo Conselheiro Ribas, porém com reservas próprias de um acadêmico que buscava conhecer os institutos jurídicos e propor-lhes soluções aos problemas. As reservas se davam pelo sistema unitário de justiça estipulado na Constituição, cuja uma ambivalência permaneceu até o fim da monarquia. Pode-se notar a existência de um sistema constituído com duplo grau de jurisdição e independência para julgar.

Diante do estudo realizado, verificamos que no Segundo Reinado já havia uma estrutura robusta para analisar as impugnações, recursos, processar e julgar atos da própria Administração. Verifica-se a preocupação de diversos autores com as garantias processuais no contencioso administrativo fiscal e as propostas de melhorias para tal. Ademais, vale ressaltar que o sustentáculo desse contencioso se dava pela tripartição de poderes, a prevalência do poder moderador e intangibilidade do Imperador, sendo chefe do poder executivo.

Ademais, notou-se que diversas noções modernas no direito administrativo já existiam em germe na época do Segundo Reinado, que teve institutos amplamente elaborados, estudados e propostos por autores da época, como Antônio Joaquim Ribas. Sua contribuição foi tanto na parte legislativa, quando fora deputado de província, quanto acadêmica, ao lecionar na tradicional faculdade de Direito do Largo de São Francisco em São Paulo.

O processo administrativo fiscal foi uma realidade do Segundo Reinado e perdurou como garantia da administração contenciosa para analisar os fundamentos para anulação de seus atos e garantir ao impugnante maior celeridade e segurança jurídica.

[Sumário]

Referências

RIBAS. Antônio Joaquim. Direito Administrativo Brasileiro. Imprensa Nacional. Rio de Janeiro, 1866

BARROS JÚNIOR, C. S. DE. Antônio Joaquim Ribas (o conselheiro Ribas). Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 69, n. 2, p. 239-253, 1 jan. 1974.

HIRATA. Alessandro. Conselheiro Ribas: o sistematizador do Direito Civil brasileiro. In Notáveis do Direito, Jornal Carta Forense. 09/11/2011. Disponível em http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/conselheiro-ribas-o-sistematizador-do-direito-civil-brasileiro/7568

Constituição Política Do Império Do Brazil (De 25 De Março De 1824). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm

O Decreto nº 124 de 05 de fevereiro de 1842. Disponível em https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/202107-contendo-o-regimento-provisorio-do-conselho-de-estado.html

Decreto n.° 736 de 20 de Novembro de 1850. Disponível em http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-736-20-novembro-1850-560158-publicacaooriginal-82782-pe.html

[Sumário]

Artigo

Deficiência Auditiva: Direito Fundamental e Dever de Cuidado

Hearing Impairment: Fundamental Right and Duty of Care

Francine Figueiredo
Graduada em Direito - Faculdade de Varginha/MG
Mestre em Direito Constitucional (UFMG)
Professora de Direito Constitucional e Processo Civil na Dom Helder Escola Superior

[Sumário]

Deficiência Auditiva: Direito Fundamental e Dever de Cuidado

Hearing Impairment: Fundamental Right and Duty of Care

Resumo: O artigo busca analisar a normatização específica da deficiência auditiva, numa concepção constitucionalista de proteção à saúde auditiva. Como objetivo específico, o artigo discorre sobre a deficiência auditiva na seara dos direitos fundamentais e aplicação de multa frente ao descumprimento do dever familiar de cuidado e proteção à discriminação da pessoa com deficiência. Na elaboração do trabalho foram utilizadas as metodologias teórico-analítica e especulativa. Na elaboração do trabalho, além da introdução e das considerações finais, está estruturada em três tópicos, a saber: no primeiro, as normas constitucionais e infraconstitucionais específicas aos deficientes auditivos; no segundo tópico, faz-se uma análise da terminologia que engloba os vocábulos língua, linguagem, surdez e deficiência e, por último, discorre-se sobre o dever de cuidado familiar, principalmente esta última delineada a partir de decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Inclusão; Deficiência; Reconhecimento Social; Dever de Cuidado.

Abstract: The article aims to analyze the specific regulation of hearing impairment within a constitutionalist conception of auditory health protection. As a specific objective, the article discusses hearing impairment in the context of fundamental rights and the application of fines in cases of non-compliance with the family duty of care and protection against discrimination of people with disabilities. The theoretical-analytical and speculative methodologies were used in the development of the work. In the elaboration of the work, in addition to the introduction and final considerations, into three sections: the first addresses the constitutional and infra-constitutional norms specific to people with hearing impairments; the second section provides an analysis of the terminology encompassing the terms language, speech, deafness, and disability; and lastly, the duty of family care is discussed, with a particular focus on decisions from the Superior Court of Justice.

Keywords: Inclusion; Disability; Social Recognition; Duty of Care

[Sumário]

Introdução

Num universo onde o som é extremamente baixo ou inexistente, surdos enfrentam os desafios de uma sociedade desenhada para ouvintes, altamente plural e complexa, ainda inadequada nos contextos ético, técnico, social, familiar, dentre outros. Nesse sentido o artigo tem como tema-problema a indagação: O Estatuto da Pessoa com Deficiência pode ser fator para a afirmação de uma nova cultura coletiva e familiar quanto ao dever de cuidado da pessoa com deficiência auditiva?

Para alcançar a resposta do tema-problema, o artigo tem como marco teórico a garantia dos direitos dos deficientes auditivos, a imprecisão quanto a diferenciação de língua e linguagem, surdez, mudez e deficiência auditiva e, por fim, a afirmação de uma nova cultura e a aplicação de sanção frente ao descumprimento do dever familiar de cuidado e proteção à discriminação da pessoa com deficiência.

Como objetivo geral, o artigo busca analisar a normatização específica da deficiência auditiva, numa concepção constitucionalista de proteção à saúde auditiva. Como objetivo específico, o artigo discorre sobre a deficiência auditiva na seara dos direitos fundamentais e aplicação de multa frente ao descumprimento do dever familiar de cuidado e proteção à discriminação da pessoa com deficiência. Na elaboração do trabalho foram utilizadas as metodologias teórico-analítica e especulativa.

A organização do artigo, além da introdução e das considerações finais, está estruturada em três tópicos, a saber: no primeiro, as normas constitucionais e infraconstitucionais específicas aos deficientes auditivos; no segundo tópico, faz-se uma análise da terminologia que engloba os vocábulos língua, linguagem, surdez e deficiência e, por último, discorre-se sobre o dever de cuidado familiar, principalmente esta última delineada a partir de decisões do Superior Tribunal de Justiça.

[Sumário]

A Deficiência Auditiva no Contexto Normativo-constitucional e Infraconstitucional

Perceber que os valores mais caros às pessoas com deficiência auditiva merecem ser reconhecidos pela Constituição Federal, enquanto norma suprema do ordenamento jurídico para assegurar o exercício dos direitos e garantias fundamentais e estabelecer condições necessárias para a construção de todos os demais direitos previstos em diplomas legais infraconstitucionais, justifica a inconteste preocupação quanto a imprescindibilidade em dar a devida importância à matéria, pouco propalada pela doutrina constitucionalista pátria.

A Constituição Federal reúne, no artigo 227, direitos básicos que devem ser explicitados pela diligência dos pais no sentido de proteger a integridade da criança, do adolescente e do jovem em seu conceito mais amplo, priorizando a vida, a saúde, a alimentação, a educação, ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, ao respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária. O poder familiar consubstancia-se na conduta responsável de cumprimento de seus deveres não apenas perante a família, uma vez que a questão transcende o próprio direito privado, mas atingindo e beneficiando toda a coletividade.

A estrutura jurídica atual que norteia a garantia dos direitos das pessoas com deficiência auditiva começa com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, introduzida no ordenamento brasileiro com status de emenda constitucional e que serviu de inspiração à Lei 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, até os diplomas legais infraconstitucionais que consagram outros direitos, por certo fundamentais, em virtude de sua essencialidade para a identificação do projeto básico constitucional.

Nesse sentido, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/2015, referencia de modo expresso em seu artigo 5º, a necessidade de proteção dos vulneráveis contra discriminações de toda ordem, não excepcionando o dever de comunicar às autoridades toda forma de negligência, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante.

No que concerne aos deficientes auditivos, a arquitetura da conceituação jurídica referente a comunicação e expressão das pessoas surdas, começou a ser delineada com a Lei 10.436/2002 que reconhece a Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS como sistema linguístico de natureza visual-motora de transmissão de ideias e fatos, com estrutura gramatical própria, devendo ser garantido por parte do poder público em geral, o apoio e a difusão da língua como meio de comunicação objetiva e de utilização corrente.

Ainda em sede infraconstitucional, a criança e o adolescente encontram-se amparados no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA - (Lei 8.069/1990), que prevê, no artigo 249, multa pelo descumprimento doloso ou culposo dos deveres inerentes ao poder familiar. Cuida-se, nesse sentido, de norma que tem como destinatário não apenas a família, seu fundamento teórico pode ser extraído da dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, III, da Constituição Federal, não se mantendo adstrito à esfera familiar, tendo se ampliado significativamente para abarcar a toda a sociedade.

[Sumário]

A Imprecisão da Utilização dos Vocábulos Atinentes à Deficiência Auditiva

Não custa lembrar que o conceito do vocábulo língua não se confunde com linguagem[1], compreendida esta como o ato de se comunicar, transmitindo a mensagem de forma verbal, pela palavra oral ou escrita, ou de forma não verbal, com gestos, sons, expressões faciais ou corporais, enquanto aquela constitui um conjunto de palavras organizadas por regras gramaticais que permite a transmissão da mensagem de forma compreensível de acordo com a região, a cultura, o grupo social, a saber, a língua portuguesa, língua inglesa, língua francesa. Nas palavras de Kahmann

> (...) ainda se impõe a linha abissal de Boaventura de Sousa Santos (2010, p. 34): de um lado da linha, estão as sociedades civilizadas, de outro, os territórios coloniais, onde "não há conhecimento real; existem crenças, opiniões, magia, idolatria, entendimentos intuitivos e subjetivos que, na melhor das hipóteses, podem tornar-se objetos ou matéria-prima para a inquirição científica". Essa linha abissal é tão imponente e naturalizada que, do lado de cá (da perspectiva do/a colonizado/a), parece nem sequer existir pensamento ou cultura. Sem sequer refletir sobre essa linha, apagam-se línguas e narrativas outras, que não as línguas do domínio euro-estadunidense. Não obstante, as línguas outras existem. Invisibilizadas pela falácia do monoglotismo, estão não apenas as línguas de inclusão, como a Libras (Língua Brasileira de Sinais, usada pela comunidade surda) (...)[2]

Com efeito, para os propósitos da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência "comunicação abrange as línguas, a visualização de textos, o braille, a comunicação tátil, os caracteres ampliados, os dispositivos de multimídia acessível, assim como a linguagem simples, escrita e oral, os sistemas auditivos e os meios de voz digitalizada e os modos, meios e formatos aumentativos e alternativos de comunicação, inclusive a tecnologia da informação e comunicação acessíveis, enquanto língua, abrange as línguas faladas e de sinais e outras formas de comunicação não-falada".[3]

Devemos considerar que, dentre as deficiências, a auditiva pode ser devastadora em relação ao convívio social, uma vez que interfere diretamente na interação e comunicação interpessoal. A perda auditiva causa um impacto negativo na qualidade de vida dos indivíduos, dificultando as relações sociais, principalmente em ambientes ruidosos.[4] A pessoa com perda auditiva tende a se isolar, ter baixa autoestima, poucos amigos e, consequentemente, afasta-se da sociedade.[5]

---

1 ANDRESSA VASCONCELOS. Língua e linguagem: Qual a diferença? Disponível em: <https://escolaeducacao.com.br/qual-a-diferenca-entre-lingua-e-linguagem/>. Acesso em: 06 Jun. 2020.

2 KAHMANN, A. C.; BERTOLDI, M. R.; FIGUEROA, I. Línguas, livros e leis: o apagamento da cultura indígena e resistência. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 17, n. 37, p. 61-87, jan.-abr. 2020. Disponível em: http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1703.n Acesso em: 06/11/2020.

3 Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência https://www7.fiemg.com.br/Cms_Data/Contents/central/Media/SESI/2019/RESPONSABILIDADESOCIAL/ConvencaoONUsobre-DireitosPcD.pdf. Acesso em: 07/11/2020.

4 Veras RP, Mattos LC. Audiologia do envelhecimento: revisão da literatura e perspectivas atuais. RevBrasOtorrinolaringol. 2007;73(1):128-34.

5 Francelin M, Motti TF G, Morita I. As implicações sociais da deficiência auditiva adquirida em adultos. Saude Soc. 2010;19(1):180-92.

[Sumário]

Nas palavras de Norberto Bobbio "o próprio homem não é mais conhecido como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade."[6] Por essa razão, esclarecedoras as palavras de Flávia Piovesan ao afirmar que "não se trará apenas proteger os direitos de uma pessoa enquanto tal, por sua dignidade inerente, mas de garantir um tratamento diferenciado e especial a todo um grupo de pessoas em iguais condições, próprias e específicas, que leve em consideração suas peculiaridades e suas necessidades essenciais".[7]

Há de se noticiar, contudo, deveras descabida a denominação surdo-mudo, afinal, a surdez não está absolutamente vinculada à mudez, consistindo esta em um tipo de patologia ligada às cordas vocais, à língua, à laringe ou, ainda, em função de alterações neurológicas ou psicológicas.[8]

Tratando-se da surdez, fundamental ser evitado pelas legislações contemporâneas o emprego da expressão surdo-mudo, no intuito de se afastar os efeitos negativos vinculados à expressão que se mostra desonrosa e pejorativa aos deficientes auditivos. A norma federal não estabelece distinção entre as pessoas com surdez de grau moderado a severo, e aquelas com surdez profunda, estando ambos enquadrados como pessoas com deficiência auditiva.

Ademais, o Decreto Federal 5.296/2004, define a deficiência auditiva como sendo a perda auditiva, bilateral de 41 decibeís (dB) ou mais nas frequências de: 500Hz, 1000Hz, 2000Hz e 3000Hz, verificado por meio de escala utilizada para medir sons na audiometria. Para compreender o tema, mostra-se essencial apresentar a classificação da Organização Mundial da Saúde (2014), adotada como referência pelo Sistema Único de Saúde – SUS, ao estabelecer as espécies de perda auditiva desde a condutiva, quando há comprometimento da passagem no som, passando pela neurossensorial implicando a perda na orelha interna e no nervo e, por fim, a perda auditiva mista, definida como a junção da perda condutiva com a neurossensorial.

A saúde auditiva, direito fundamental de suma importância, é indispensável à fruição plena do trato social, representando consequência constitucional indissociável ao direito à vida. Um dos mais relevantes deveres do Estado está na garantia da saúde mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença, tornando-a acessível universal e igualitariamente, de modo que, a atuação estatal insatisfatória ou inexistente na implementação deste direito fundamental autoriza o acionamento do Poder Judiciário diante de injustificável abusividade governamental.

6 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. São Paulo: Ed. Campus, 1992, p. 69.

7 PIOVESAN, Flavia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 433.

8 BISOL, C.; SPERT,T. M. Discursos sobre a Surdez: Deficiência, Diferença, Singularidade e Construção de Sentido. Psic.: Teor. e Pesq., Brasília, Jan-Mar 2010, Vol. 26 n. 1, pp. 7-13

[Sumário]

Nada obstante a obrigação do Estado, a proteção à pessoa com deficiência é inerente à sociedade e à família contra qualquer discriminação, diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais no âmbito político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Nessa esteira, o artigo 24 da Convenção das pessoas com deficiência reafirma a garantia constitucional de que a educação de pessoas, em particular crianças cegas, surdocegas e surdas, seja ministrada nas línguas e nos modos e meios de comunicação mais adequados ao indivíduo e em ambientes que favoreçam ao máximo seu desenvolvimento acadêmico e social.

[Sumário]

Descumprimento Do Dever De Cuidado Inerente Ao Poder Familiar

Para ilustrar a relevância do dispositivo constitucional garantidor da integridade física, psíquica, social e espiritual da criança, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça enfrentou tema importantíssimo em sede de Recurso Especial condenando a omissão dos pais em relação à condição do filho com deficiência auditiva, sobretudo no que tange à negligência ao tratamento posto à disposição pelo Estado.

A ementa da decisão é bastante esclarecedora:

> RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REPRESENTAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. PODER FAMILIAR. DEVERES. DESCUMPRIMENTO. ARTIGO 249 DO ECA. MULTA. INCIDÊNCIA. MEDIDA ADEQUADA. DEFICIÊNCIA AUDITIVA. TRATAMENTO. DISPONIBILIDADE. NEGLIGÊNCIA. PREVENÇÃO E SANÇÃO. NECESSIDADE. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nos 2 e 3/STJ).
>
> 2. O art. 249 do ECA prevê a aplicação de multa por descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar. 3. A medida sancionadora é aquela que visa prevenir e sancionar a omissão parental potencializada quando presente vulnerabilidade acentuada por natureza. 4. A negligência na estimulação precoce de pessoa com deficiência, especialmente se o tratamento é fomentado e disponibilizado pelo Estado, impõe a aplicação da medida sancionadora prevista no ordenamento jurídico pátrio. 5. A multa fixada no patamar mínimo retrata a justiça do caso concreto em virtude da gravidade da situação. 6. Recurso especial não provido.[9]

Acertadamente, o Ministro relator entendeu que

> Em casos de surdez, a interação comunicativa no âmbito familiar, por vezes, ocorre por meio de gestos naturais, mímica e oralidade. Na falta dessa comunicação, o desenvolvimento linguístico, cognitivo e social do surdo fica prejudicado, já que precisa ser estimulado. Esse tipo de postura inerte e pouco atenta, pode produzir patologias psquiátricas graves decorrentes do isolamento. (...) Sem dúvida, ter um filho com deficiência traz desafios diários e constantes. No entanto, o exercício do amor, da educação livre de preconceitos, a dedicação voltada ao bem estar da criança, lhe propiciarão novas perspectivas. Por tudo isso, a sanção legal, no caso concreto, é medida que se impõe, pois tem caráter tanto educativo quanto preventivo. A única certeza ao se ter um descendente, negócio sempre arriscado e desprovido de garantias, é que o exercício do poder familiar seja o melhor possível, dentro das possibilidades, ainda que exíguas. E, na hipótese vertente, pode-se imputar aos pais a perda da chance do filho de desenvolver maiores habilidades dentro do seu potencial. Não se desconhece que o tempo, nessas situações, é precioso, pois a intervenção precoce é sempre recomendável (art. 15, incisos I e II, do Estatuto da Pessoa com Deficiência).

9 STJ RECURSO ESPECIAL 1.795.572 - MS (2018/0130100-7), Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, julgado em 23/4/2019

[Sumário]

Seguindo com a análise dos dispositivos constitucionais atinentes ao assunto, o Ministro Relator referencia Sérgio Cavaliere Filho quanto ao valor jurídico do cuidado no ordenamento brasileiro, reforçando que “a inobservância desse dever de cuidado torna a conduta culposa - o que evidencia que a culpa é, na verdade, uma conduta deficiente, quer decorrente de uma deficiência da vontade, quer de inaptidões ou deficiências próprias ou naturais”.[10]

O cuidado é um valor jurídico objetivo incorporado no ordenamento jurídico brasileiro de maneira implícita, a exemplo do art. 227 da Constituição Federal. A caracterização do "dever de cuidado" como dever jurídico, cujo descumprimento pode acarretar responsabilidade civil é assim sustentada no voto condutor do REsp. 1.159.242/SP pela Ministra Nancy Andrighi:

> Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar. Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: “(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)”.
>
> O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tisnado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Tão certo quanto dizer que a proteção e a efetivação dos direitos acarretam o cumprimento de deveres é reconhecer que, em se tratando das pessoas com deficiência auditiva, ficam ainda mais visíveis as consequências advindas da desarrazoada desídia familiar, ainda mais quando o poder público não se mostra impedido de implementar os direitos e ofertar as prestações materiais demandadas quando em virtude da prestação exigida pelo deficiente auditivo.

Nada obstante a indiscutível relevância axiológica dos direitos das pessoas com deficiência e o seu caráter de premissa basilar que oportuniza o exercício de todos os demais direitos aos deficientes auditivos, a proteção jurídica e controversas indagações que circundam o assunto ainda serão tratados em estudos doutrinários e soluções jurisprudenciais para ocorrências fáticas, o que permitirá compreender os debates que o direito das pessoas surdas enseja.

10 Cavalierei Filho. Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, São Paulo, Atlas, 2014, 11ª Edição, págs. 47-48

[Sumário]

No que se refere à intepretação dos dispositivos de nossa Constituição Federal, a locução amplamente difundida de “sociedade aberta” tem contribuído de modo inestimável para o desenvolvimento das questões que envolvem os direitos fundamentais e o próprio direito constitucional. São muitos os doutrinadores brasileiros de renome que defendem a necessidade de consolidação da idéia de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, formulada por Peter Häberle.[11]

Os intérpretes têm, portanto, função organizadora, flexível e aberta em relação a aplicação das normas constitucionais, individual ou coletivamente. É válido frisar que a titularidade dos direitos fundamentais não pertence ao homem individualmente considerado, mas a coletividade como um todo. O reconhecimento dos direitos de fraternidade ou solidariedade originado na chamada segunda dimensão ou geração de direitos, teve como elemento determinante a abissal divisão entre nações desenvolvidas e nações subdesenvolvidas. Em síntese, são direitos que não se ocupam da proteção individual, ao contrário, são direitos atribuídos genericamente a toda sociedade, independente do desenvolvimento econômico da nação.

Em reforço ao entendimento explanado, no sentido de que a concretização da sociedade aberta deve inclinar-se no plano de todas as relações de convivência, adicione-se a argumentação precisa e cristalina de Nelson Rosenvald ao discorrer sobre o princípio da solidariedade social

> O direito de solidariedade se desvincula, então de uma mera referência a valores éticos transcendentes, adquirindo fundamentação e a legitimidade política nas relações sociais concretas, nas quais se articula uma convivência entre o individual e o coletivo, à procura do bem comum. O princípio da solidariedade penetra decisivamente no direito de danos para promover um giro copernicano na matéria. Talvez o mais significativo em termos de solidariedade seja a passagem de um estado de responsabilidade para outro de corresponsabilidade, no qual todos atuem conjuntamente para a obtenção de certo resultado estipulando consensos mínimos para rechaçar o que é intolerável.[12]

E, não custa lembrar, como o direito das pessoas surdas aqui em comento tenha assegurado pelo Estado o cumprimento do princípio da proteção às pessoas com deficiência, não há razão para que dentro desse grupo contemplado haja discriminação, favorecendo-se determinadas pessoas em detrimento de outras, afastando indevidamente, um dos mais caros princípios constitucionais traduzidos pelas sublimes palavras de Rosenvald como princípio da solidariedade social.

11 MENDES, Gilmar. Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil. Disponível em <www.gilmarmendes.org.br/índex.php.option?..>; Acesso em: 7 jun 2020

12 Farias, Cristiano Chaves de. Netto, Felipe Braga. Rosenvald, Nelson. Manual de Direito Civil. Juspodivm, 2020, p. 630

[Sumário]

Conclusão

A busca pela efetivação dos direitos das pessoas com deficiência auditiva é tema da maior relevância no atual contexto de inclusão social. As políticas estatais se caracterizam como práticas de tratamento a certos grupos historicamente vulneráveis, buscando redimensionar oportunidades a fim de corrigir distorções. Entretanto, a consumação não depende apenas das ações afirmativas públicas, sendo imprescindível a participação ativa da família e da sociedade.

O assunto ainda pode ganhar conotações mais dramáticas diante de dados sensíveis que revelam informações geracionais, médicas, econômicas e sociais. Sobre tais dados, embora prevaleça a regra da confidencialidade dos processos envolvendo absolutamente incapazes, haverá situações em que sua revelação poderá se tornar útil à saúde de terceiros diante das circunstâncias fáticas.

O presente texto partiu da constatação, ainda incipiente na doutrina jurídica, da imprescindibilidade do cumprimento dos deveres de cuidado e proteção às pessoas com deficiência auditiva. Ao longo do trabalho foi abordado o tema da imprecisão terminológica que atinge a população surda e, em seguida, foi abordada a irrazoável desídia e as consequências desastrosas na vida de uma pessoa com deficiência auditiva que não traduzem fielmente o ideal de realização positiva do princípio da dignidade da pessoa humana e solidariedade social. Nesse sentido, a hipótese da qual partiu o trabalho restou plenamente comprovada em termos teórico-especulativos.

[Sumário]

Referências

ACOSTA, A. O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos. São Paulo: Autonomia Literária, 2016.

BISOL, C.; SPERT,T. M. Discursos sobre a Surdez: Deficiência, Diferença, Singularidade e Construção de Sentido. Psic.: Teor. e Pesq., Brasília, Jan-Mar 2010.

BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406. 10 jan. 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 1 abr. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 1 abr. 2024.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. São Paulo: Ed. Campus, 1992, p. 69.

CAVALIEREI FILHO. Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, São Paulo, Atlas, 2014, 11ª Edição.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI, Hermes. Curso de direito processual civil – Processo Coletivo. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020, v. 4.

FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Braga. ROSENVALD, Nelson. Manual de Direito Civil. Juspodivm, 2020.

FRANCELIN M, Motti . As implicações sociais da deficiência auditiva adquirida em adultos. Saude Soc. 2010.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Tendências demográficas no período 1950 a 2000: uma análise dos re- sultados da amostra do Censo demográfico 2000. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/tendencias_demograficas/comentarios.pdf. Acesso em: 1 abr. 2024.

KAHMANN, A. C.; BERTOLDI, M. R.; FIGUEROA, I. Línguas, livros e leis: o apagamento da cultura indígena e resistência. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 17, n. 37, p. 61-87, jan.-abr. 2020. Disponível em: http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1703.n Acesso em: 1 abr. 2024.

MENDES, Gilmar. Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil. Disponível em www.gilmarmendes.org.br/índex.php.option. Acesso em: 1 abr. 2024.

NAVES, B. T. O.; SÁ, M. F. F. Direitos da personalidade. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

PIOVESAN, Flavia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 433.

[Sumário]

SANTOS, B. S. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, B. S; MENESES, M. P. (Orgs.). Epistemologias do sul. São Paulo: Cortez, 2010. p. 31-83.

SILVA, N. V.; BARBOSA, L. O. População e estatísticas vitais. In: IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Estatísticas do século XX. Rio de Janeiro: IBGE, 2006. Disponível em: http://seculoxx.ibge.gov.br/images/seculoxx/seculoxx.pdf. Acesso em: 1 abr. 2024.

VERAS RP, Mattos LC. Audiologia do envelhecimento: revisão da literatura e perspectivas atuais. RevBrasOtorrinolaringol. 2007.

WOLKMER, A. C. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. Disponível em: http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2013/02/Antonio-CarlosWolk-mer-Pluralismo-juridico.pdf. Acesso em: 1 abr. 2024.

[Sumário]

Artigo

Restituição de Lucros Ilícitos e Dano Ambiental

Disgorgement of Profits and Environmental Damage

Marcelo Kokke
Pós-doutor em Direito Público - Ambiental pela Univ. de Santiago de Compostela – Espanha
Mestre e Doutor em Direito pela PUC-Rio
Especialista em processo constitucional
Pós-graduado em Ecologia e Monitoramento Ambiental
Procurador Federal da Advocacia-Geral da União
Coordenador Nacional de Assuntos Estratégicos e Responsabilidade Civil da PFE-IBAMA
Professor da Faculdade Dom Helder Câmara
Professor colaborador da Escola da Advocacia-Geral da União
Membro da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil

[Sumário]

Restituição de lucros ilícitos e dano ambiental

Disgorgement of profits and environmental damage

Resumo: O artigo desenvolve abordagem da responsabilidade civil por danos ambientais a partir da análise dos lucros ilícitos. Analisam-se aspectos de diferenciação entre a teoria do enriquecimento ilícito e a configuração de lucros ilícitos como instituto jurídico autônomo. Aspectos econômicos e jurídicos precisam ser integrados na abordagem da responsabilidade civil ambiental, considerando suas funções na sociedade contemporânea. Sustenta-se aqui a necessidade da análise integrada dos elementos que compõem a atividade ou empreendimento responsável pelo dano ambiental. A partir do método crítico-propositivo, sustenta-se que o ordenamento jurídico brasileiro permite ações civis públicas que demandem a restituição de lucros ilícitos decorrentes de danos ambientais. Entretanto, aspectos próprios do Direito Ambiental interferem no instituto da restituição dos lucros ilícitos. O artigo conclui que a definição de reparação integral do dano ambiental no sistema brasileiro engloba também os pleitos de restituição dos lucros ilícitos obtidos pelo responsável pelo dano ambiental.

Palavras-chave: Restituição de lucros ilícitos. Direito Ambiental. Dano ambiental. Ação civil pública.

Abstract: The article promotes an approach of civil liability by environmental damages based on disgorgement of profits analyse. The paper analysis the distinct aspects of illicit enrichment theory and disgorgement of profits settlement as autonomous law institution. Economic and legal aspects must be integrated in environmental liability regarding their function in contemporary society. The article argues the need of an integrated analysis of elements that compound an activity or business responsible by environmental damage. From critical propositional method, the text argues that Brazilian legal framework allows class actions in order to require disgorgement of profits arising from environmental damages. However, peculiar aspects of Environmental Law causing effects over disgorgement of profits theory. The article concludes that the definition of total reparation of environmental damage in Brazilian system implies also charges for disgorgement of profits obtained by responsible for the environmental damage.

Keywords: Disgorgement of profits. Environmental Law. Environmental damage. Class action.

[Sumário]

Introdução

A interlocução entre as esferas jurídica e econômica é um dos desafios e simultaneamente um dos temas mais demandados em tratamento e desenvolvimento crítico na atualidade quando se trata de responsabilidade civil. Soma-se a esta interlocução a avaliação ética de condutas e referências valorativas de correspondência e regularidade de causas e resultados para com os fins e procedimentos juridicamente albergados em uma sociedade. O tema se torna ainda mais fervilhante quando se pensa nos efeitos de atividades ou empreendimentos ambientalmente irregulares ou lesivos. Quais os limites regulatórios das consequências econômicas de uma ação ou omissão que degrade ilegalmente o meio ambiente?

A avaliação do dano não fica circunscrita em uma esfera puramente voltada para a liquidação na dimensão da reparabilidade, em seu sentido estrito. Ao inverso, a avaliação do dano em um quadro conjuntural e contextual é parte integrante da configuração normativo-jurídica da lesão ao bem protegido pelo ordenamento legal. Compreender dano e reparabilidade exige contextualizar a ocorrência lesiva assim como o cenário de sua produção, com efeitos respectivos e conjunturais em termos de passado, presente e futuro tanto em relação aos sujeitos envolvidos quanto em relação à sociedade. Lado outro, a situação de dano se depara com argumentos que se voltam para institutos clássicos, a tematizar a vedação de enriquecimento ilícito e as consequências do incremento patrimonial sem justa causa, principalmente quando este incremento advém de prejuízos suportados pela sociedade como um todo.

Em matéria ambiental, a correlação analítica e crítica entre Direito e Economia, mediadas pela avaliação ética, assume tons e vinculações ainda maiores. A imensa parte das lesões ambientais não é produzida a partir de fatores passionais ou a partir de expressões de realização de convicções personalíssimas ou mesmo de visões de mundo em realização da identidade do ser humano. Não se encontrará uma relação de amor e ódio pela qual alguém decide suprimir ilegalmente hectares de floresta amazônica por vingança contra a vegetação. Verdade que se pode situar questões de degradação ambiental e antepor em face de situações de exercício cultural, religioso, ou práticas de tradicionalidade de coletividades determinadas. Mas aqui se tem uma exceção em face da multiplicidade de lesões aos bens ambientais.

A imensa maior parte das atividades de impacto ou dano ambiental decorre de interação econômica, decorre do anseio de lucros com a atividade ou empreendimento. O Direito Ambiental é um dos ramos jurídicos que mais se liga às expressões econômicas, ao exercício da livre iniciativa e do livre mercado, sempre ponderados segundo a função social, aliás, função socioambiental da propriedade. Pensar situações de impacto ou dano ambiental determina situar e pensar essas situações sob a perspectiva jurídica e, também, econômica, sem que se perca nunca os lastros de avaliação de eticidade. Portanto, compreender o econômico como uma face de necessário tratamento na análise e desenvolvimento da responsabilidade civil, penal e administrativa derivadas da degradação de um bem ambiental não é uma alternativa, é uma necessidade. Renegar essa premissa é fragmentar o Direito Ambiental, é decotar sua matriz de compreensão sistêmica, além de enveredar por caminhos sinuosos de incompatibilidade argumentativa em face da realidade vivida.

[Sumário]

O presente artigo propõe justamente tematizar e analisar um aspecto essencial quando se trata da interlocução entre os campos jurídico e econômico. Os ganhos econômico-financeiros derivados e ligados à atividade ou ao empreendimento que tenha sido responsável por danos ambientais. A concatenação é direta. Se a imensa maior parte das atividades que derivam responsabilidade ambiental (administrativa, penal ou cível) estão ligadas ao exercício econômico, qual o tratamento jurídico a ser dado aos lucros e vantagens econômicas auferidas pelo sujeito a partir da prática de degradação ambiental? Em termos estritos à responsabilidade civil, qual o enquadramento jurídico dos lucros e vantagens obtidas em situação que se tenha como devida a reparação ambiental?

O artigo trabalha o instituto jurídico do *disgorgement of profits* em seara ambiental, mais precisamente, em situações de dano ambiental objeto de ação civil pública reparatória promovida pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA ou pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio, por meio da Advocacia-Geral da União – AGU, ou mesmo pelo Ministério Público. A abordagem, destaca-se, aplica-se também às demais ações civis públicas promovidas pelos entes estaduais e municipais em favor da proteção ambiental. Labora-se com o argumento de que os lucros e vantagens obtidas direta ou indiretamente com a prática de atividade ou empreendimento que provoque dano ambiental configuram-se como ilegítimos, como enriquecimento injusto, abrindo espaço normativo para pleitos de compensação monetária reparatória. Dessa forma, é legítimo que seja demandado do sujeito responsável pela lesão ambiental não somente a reparação em si do dano, mas sim que toda e qualquer vantagem lucrativa ou financeira seja reconhecida como ganho injusto para fins de se determinar a compensação ambiental de caráter financeiro qualificada como restituição ecológico-financeira.

A partir do método crítico-propositivo, sustenta-se abertura dos pleitos reparatórios para que alcancem efetivamente a interlocução entre as esferas jurídica e econômica. Almeja-se com isso enfrentar situação fática que se mostra atormentadora nas relações jurídico-econômicas ligadas aos danos ambientais. Afinal, reparar o dano, e mesmo aplicar medidas punitivas, pode ser ineficaz quando no cômputo total de análise do empreendimento ou atividade a rotineira atuação do sujeito infrator veio em escala final a lhe ser favorável economicamente. Busca-se assim enfrentar situações de verdadeira produção ilegal de lucros ao suporte da ocorrência de danos ambientais.

[Sumário]

O enriquecimento sem causa e o dano ambiental

Imagine-se uma siderúrgica que está comprovadamente envolvida em compras de carvão ilegal, oriundo de áreas de floresta nativa. Essa siderúrgica desenvolve durante todo um ano sua aquisição de carvão ilegal e produz a partir daí aço a menor preço, lesando o meio ambiente e prejudicando em concorrência desleal outras empresas. Em outro canto do país, um pecuarista procede à supressão ilícita de reserva legal e área de preservação permanente, inserindo bovinos na área, enquanto diversifica sua atividade com plantações de larga escala. Aumenta seu faturamento e vendas, às custas de decréscimo de qualidade ambiental local assim como acresce vendas em prejuízo de seus concorrentes que se mantêm em regularidade ambiental. Já outro caso, remete à uso ilegal de cursos d'água, destinando o recurso hídrico irregularmente para a produção industrial. Perto dali uma empresa de granito procede à extração ilegal do mineral em jazida situada em um Parque Nacional, obtendo ganhos com vendas ao passo que a degradação ambiental é projetada na área ecologicamente protegida.

Todos esses casos são exemplificativos de situações vivenciadas pelos órgãos ambientais constantemente, em especial, pelo IBAMA e pelo ICMBio. Lesões ambientais, degradações ecológicas, todas a se projetar com o ímpeto do responsável pelo dano em auferir ganhos financeiros indevidos em uma verdadeira maquinação do enriquecimento injusto às custas dos bens ecológicos lesados. Situações em que a degradação ou o uso ilegal de recursos naturais compreende prejuízo social e provoca desequilíbrio ambiental, com violação de normas regentes de bens ecológicos.

No caso da siderúrgica, da empresa mineradora, do pecuarista ou agricultor irregular, por exemplo, os valores envolvidos nas vendas ou faturamento lhes resultam em grandes somas, até que o IBAMA ou o ICMBio procedem à identificação da fraude e adotam medidas sancionadoras. Ocorre a aplicação da multa ambiental, assim como é aferido o dano ambiental para a ação civil pública reparatória. Entretanto, embora aplicadas tanto a responsabilidade administrativa quanto a responsabilidade civil, os diretores da empresa demandam aos setores contábeis a identificação do resultado econômico-financeiro pelo período de irregular atividade.

O resultado é apresentado. Em termos econômico-financeiros, os valores de lucratividade alcançados com a atividade ilegal superam, e bastante, os valores das multas e da reparação ambiental. Além disso, a empresa conquistou mercados, e ainda levou os concorrentes (por meio de sua concorrência desleal) a situações econômicas delicadas. Assim, sob o ponto de vista econômico-financeiro, a infração valeu a pena. Ao final do processo de infrações e danos ambientais, em termos financeiros, o responsável pode localizar que os ganhos financeiros foram superiores aos custos derivados da degradação ecológica, isto quando há efetiva penalização do infrator nas diversas esferas legais.

[Sumário]

O ilícito, nessas circunstâncias, seria um verdadeiro ilícito gerador de lucratividade ao ofensor. Conforme sustenta Glenda Gondim, se a responsabilidade de apuração e imputação negligenciar os efeitos contextuais das operações econômicas, pode ocorrer que "o valor da condenação é tão ínfimo que, ao calcular o lucro obtido pela conduta (ainda que indevida) e a reparação a ser paga (em caso de condenação), o resultado é de que, economicamente, vale a pena lesar" (2021, p. 29). Nelson Rosenvald (2019a, p. 4) expressa que há três razões fundamentais sobre o ângulo privatista que explicam como as condutas ilícitas se pagam. A primeira delas é a alta taxa de impunidade. Sob o ângulo ambiental, seria aqui a baixa chance proporcional de ser o infrator efetivamente flagrado e processado por sua lesão ambiental. Mais, o ganho poderia prolongar-se no tempo, mesmo na hipótese de um dia ter de responder pela degradação. Essa situação levaria à perda de eficácia de decisões reparatórias que desconsiderem a análise de custo-benefício (Rosenvald, 2019a, pp. 4-5).

A segunda razão elencada por Rosenvald é "a 'apatia racional' das vítimas em casos de danos insignificantes e dispersos (*trifling damages*)" (2019a, p. 5). Sob o ângulo do consumidor ou contratual, isso equivaleria a situações de danos de pequena proporção econômica que individualmente não levassem ao ajuizamento de demandas, mas que considerados em seu todo significassem grandes volumes de ganho financeiro. A situação pode ocorrer, também, guardados alguns ajustes, no campo ambiental. A quantidade de infrações que são flagradas em escala administrativa não corresponde ao quantitativo de ações civis públicas ou de postulações ambientais de reparação. Por vezes, há o embargo administrativo e se aguarda a regeneração natural, sendo comum a medida até em escala judicial. Portanto, o autor da degradação ainda sairá em ganho. Afinal, procedeu à utilização econômica dos bens ecológicos durante um período de tempo, não sendo demandado em razão da proporção tida pontualmente como de pequena monta na apreciação do dano.

A terceira razão é prática e conta com a previsão da tradicionalidade e conservadorismo judicial na apreciação de institutos jurídicos da reparação civil. Os responsáveis pelo dano irão sustentar uma dimensão de extensão do dano que desconsidere o teor econômico em seu todo, que ignore a análise de custo-benefício. Dessa forma, "esperam que os seus lucros sejam maiores que as sanções legais, pois normalmente juízes os condenam unicamente pelos danos sofridos pelas vítimas, normalmente de difícil comprovação ou de valor muito inferior aos ganhos derivados do ilícito" (Rosenvald, 2019a, p. 5). Em termos ambientais, a única consequência ao infrator que desmatar uma área de vegetação amazônica, por exemplo, seria reflorestá-la. Retornar ao *status quo ante*, na perspectiva clássica civilista. A lucratividade obtida com a supressão e com as atividades ocorridas no período até a recuperação seriam indiferentes ao pensamento jurídico clássico e já anacrônico diante do contexto contemporâneo.

Como assinalam Barbosa, Guimarães e Silva, não obstante seja comum nas análises de reparação se repetir que o ilícito não deve ser lucrativo (*tort must not pay*), a prática revela que o ilícito ocasiona vantagens indevidas ao seu responsável, ao que "Em âmbito brasileiro, a máxima 'o crime compensa' pode ser ampliada e relida como 'o ilícito compensa', e, ainda, se acrescenta que além de compensar, paga bem ao infrator." (2020, p. 132). Os fatores econômicos não podem ser desconsiderados na análise jurídica (COOTER, 2012, p. 320), quanto mais na análise da reparação de situações de enriquecimento injusto que desencadeiem prejuízos a recursos naturais normativamente capitulados como de titularidade coletiva.

[Sumário]

A problematização ora levantada é pouco articulada no Brasil, quando se trata de dano ambiental. Na grande maioria das vezes, o tema da degradação ambiental é restrito em suas diversas vertentes de responsabilização. Sob o ângulo administrativo, aplicam-se multas. Sob o ângulo penal, procede-se à persecução, em grande parte também centrada em multas. Já sob o ângulo da responsabilidade civil, a perspectiva é restrita, com visualização em recomposição em si do bem, da área degradada, sem maior aprofundamento do complexo jurídico-econômico da atividade de degradação. Há inclusive tendência, não só no Brasil, mas em outros países, de enquadrar e enfrentar os problemas derivados da violação ambiental e seus acréscimos ilegítimos ao patrimônio como afetos ao enriquecimento ilícito, sob o aspecto clássico do enriquecimento sem causa.

Em termos infraconstitucionais, o Código Civil veda o enriquecimento sem causa. Estabelece o artigo 884 que qualquer um que venha a se enriquecer, sem justa causa, à custa de alguém será obrigado a restituir o indevidamente auferido. Os lucros ilícitos auferidos em empreendimentos ou atividades irregulares sob a regência normativa ambiental são aqui captados como enriquecimento ilícito, são valores auferidos sem justa causa em face de toda a coletividade, com prejuízos às funções ecológicas exercidas pelos bens ambientais, nos termos do artigo 225 da Constituição. Pode-se assim afirmar, nessa perspectiva, que o lucro ilícito em situação de dano ambiental é verdadeiro enriquecimento indevido difuso, já que se produz às custas de prejuízo ecológico disseminado na coletividade.

Sob o ângulo interpretativo em questão, há em si o dano ambiental, que é passível de reparação, e lado outro, há a responsabilidade derivada do enriquecimento sem causa, já que o fruto financeiro derivou da atividade ou empreendimento ilegais. A ação restituitória é derivada da falta de justa causa no recebimento de valores que utilizaram recursos naturais ou foram em si causa de degradação ecológica. Essa perspectiva desatrela o enriquecimento ilícito da situação em si de responsabilidade civil reparatória. A argumentação de enquadramento dos lucros ilegítimos obtidos a partir da infração ambiental com enriquecimento sem causa configura potencial manejo jurídico para fins de remoção dos ganhos indevidos por parte do sujeito responsável pelo empreendimento ou atividade. Aliás, como destaca Rosenvald, “o enriquecimento sem causa se tornou no direito brasileiro recente a rota natural para que se supra a lacuna legislativa quanto a um remédio de restituição de lucros ilícitos” (2019b, p. 284).

O enriquecimento sem causa ambiental ocorre na medida em que o sujeito obtém faturamento ou lucro a partir de utilização ou exploração legalmente não amparada de bens ecológicos. Há aqui o chamado lucro ou enriquecimento por intervenção (Moraes, 2021), compreendido como “lucro obtido por aquele que, sem autorização, interfere nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa e que decorre justamente desta intervenção” (Savi, 2012, p. 7). Ainda em abordagem do lucro de intervenção e ao suporte da teoria do Direito de Danos, Pavan e Saliba compreendem a possibilidade plena de restituição à vítima de lucros indevidamente obtidos através da lesão aos seus direitos pelo alargamento do “conceito de dano para alcançar os ganhos realizados pelo ofensor com o ilícito, atentando-se à reparação integral dos danos à vítima e o reequilíbrio social” (2020, p. 234)

[Sumário]

Além disso, possibilita-se o estabelecimento de um sistema de responsabilidade “baseado em mecanismos de precaução e prevenção, com medidas prospectivas, a fim de não só reparar integralmente os danos, mas evitar que estes venham a se concretizar, em uma necessária atuação ex ante e não apenas ex post facto” (Pavan; Saliba, 2020, p. 234). Há aqui evolução e desenvolvimento do padrão reparatório-indenizatório de forma a se conjugar a reparação propriamente dita com a prevenção de situações lesivas a partir da estruturação de um sistema que articule as diversas variáveis e fatores presentes na regência e produção de efeitos dos ilícitos (Pavan, 2020).

O lucro indevido ocorrido se faz passível de devolução, embora haja dissonâncias quanto à sistemática de sua apuração. Weiblen, Sena Júnior e Pargendler, tratando do enriquecimento sem causa em face da Administração Pública, fazem referência à sistemática ligada, mas diferenciada, de ressarcimento de lucros injustos, denominada teoria do produto bruto mitigado (2020). Por meio dela, “do valor total pago pelo contratante ao contratado, deve-se descontar o custo comprovado ou estimado, limitado ao custo de mercado, que a empresa teve ao executar o empreendimento, e a diferença entre esses dois valores é o que deve ser ressarcido ao poder público pela empresa executora” (Weiblen, Sena Júnior, Pargendler, 2020, p. 58). Há dinâmicas e bases diversas na metodologia de apuração do lucro ou faturamento sem causa. Entretanto, o ponto comum de todas as linhas de compreensão do ganho indevido é sua ocorrência fundada em ato injustificado que alicerça o acréscimo patrimonial, em seu todo ou parte.

O ponto chave para a tese de enquadramento do lucro ou do faturamento obtido pela ilicitude como enriquecimento sem causa é o fato de serem fatores econômicos que ultrapassam em si o dano. Em outras palavras, em uma situação de degradação haveria dois fatores a serem ponderados para fins de causa de pedir e pedido reparatório. O primeiro deles em si é o dano, a reparação do bem jurídico degradado, v.g., a reparação da vegetação suprimida sem autorização ou permissão legal ou administrativa. Aqui se situa o pedido de reparação civil propriamente dito. O segundo corresponde ao pleito condenatório em virtude do enriquecimento sem causa. Todos os valores obtidos pelo sujeito que agregou patrimônio ou renda sem lastro ambiental regular são ilegítimos. Portanto, cabível a demanda para reparação do patrimônio ecológico, já que a valoração ambiental precificada não poderia ter sido retirada de seu estado original como serviço ecossistêmico, conforme previsto na Lei n. 14.119, de 13 de janeiro de 2021.

Os bens ecológicos possuem funções e geram benefícios passíveis de valoração, conforme sistematizado na Lei n. 14.119. Prestam serviços de provisão, serviços de suporte, serviços de regulação, serviços culturais. Ao se apropriar ilegitimamente desses bens e ainda produzir faturamento ou lucro, agregando ao seu patrimônio, o agente particular expropria indevidamente a coletividade. A sociedade passa a ser privada desses serviços ecossistêmicos que passam a ser o fundamento do enriquecimento injusto do agente violador. A restituição do enriquecimento sem causa para a coletividade é consequência direta da ausência de justa causa no uso e degradação procedidos. Há uma ingerência arbitrária no patrimônio ecológico para transformá-lo ilegitimamente em patrimônio privado.

[Sumário]

Nessa acepção, a restituição de lucros ou faturamento sem causa não é em si consequência da responsabilidade civil, embora se afirme como legítima e devida toda a responsabilidade pela restituição de todos os valores que compõem o enriquecimento sem causa ao suporte do prejuízo ou decréscimo de função dos bens ecológicos. Não há sentido ou argumento defensável para afastar o dever de restituição dos lucros ou faturamento que seja capitulado como enriquecimento sem causa. Não se pode reservar ao agente que atue de forma ilegal os mesmos benefícios de usufruto e ganho econômico daquele que seguiu todos os requisitos e normas legais, sob pena de se negar a própria ilicitude e equiparar situações totalmente díspares. Ato lícito e ato ilícito não podem ter as mesmas consequências jurídico-econômicas. A expressão econômica do enquadramento do lucro ou faturamento é determinada pela expressão jurídica da fonte da obtenção, aqui avaliada sob patamares de eticidade.

Ao lado da perspectiva em questão, figura compreensão hermenêutica que aloca o enriquecimento injusto derivado do dano ambiental como matéria própria da responsabilidade civil. Nesse sentido, destaca Nelson Rosenvald que “devemos redefinir as fronteiras entre responsabilidade civil e enriquecimento sem causa” (2019b, p. 291). Para fins de se traçar tecnicamente delimitações, é possível diferenciar “os fatos jurídicos que constituem uma relação obrigacional e os remédios que o sistema jurídico apresenta para sancionar um comportamento indevido é a chave para a compreensão da relação entre o evento do enriquecimento injustificado e o remédio restituitório” (Rosenvald, 2019, p. 291).

Passa-se doravante a abordar perspectiva que vincula o enriquecimento injusto, em sua qualidade de enriquecimento derivado de conduta ilícita, não sob a esfera normativa do enriquecimento sem causa como gênero, mas sim sob a regência normativa da responsabilidade civil. A articulação entre responsabilidade civil e enfrentamento do enriquecimento injusto a partir de lucros ou faturamento com o dano ambiental abre espaço para o tema do *disgorgement of profits* e sua aplicação no Direito Ambiental. Esta última perspectiva proporciona melhor adequação e ajustamento das situações concretas e mesmo da estruturação teórica ao norte conceitual da reparação integral, atraindo todo o marco regulatório jurídico-ambiental para análise do lucro injusto derivado de degradação ilícita de bens ecológicos.

[Sumário]

Configuração normativa do *disgorgement of profits* e reflexos jurídico-ambientais

A configuração interna da restituição dos lucros ilícitos em matéria ambiental está ligada diretamente ao fato de que sejam os lucros, seja o faturamento em si, foram obtidos a partir de uma violação ambiental capitulada como responsabilidade civil ambiental. Dessa maneira, embora os valores sejam compreendidos como enriquecimento ou ganho injusto, não precisam ficar confinados na perspectiva de enriquecimento sem causa prevista no Código Civil. O artigo 886 do Código Civil determina que não caberá a restituição por enriquecimento sem causa se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

A dinâmica própria da responsabilidade civil ambiental determina a inserção em seus critérios internos de pretensão reparatória em sentido amplo, que abrangem o enriquecimento injusto. A partir do núcleo definidor de reparação integral, é possível extrair suporte que se inicia no quadro constitucional e deflui para a legislação como um todo para os pleitos de restituição de ganhos injustos.

Uma diferenciação determinante aqui se tem. O enriquecimento sem causa é gênero que engloba o enriquecimento injusto, compreendido como aquele derivado de um dano. É possível que haja enriquecimento sem causa sem que se configure como enriquecimento injusto ou derivado de dano. Este último se sujeita à dimensão própria da responsabilidade civil, pois visa restituir as partes e simultaneamente combater em integralidade os efeitos do ato ilícito provocado. Incide aqui a matriz do artigo 927 do Código Civil quando determina a reparação do dano.

Sob o ângulo ambiental, a responsabilidade civil possui ainda uma matriz superior, de índole constitucional, a dimensionar o tema. O artigo 225, §3º, da Constituição da República, determina a obrigação de reparar os danos causados em sua integralidade. Essa obrigação implica restituir à coletividade tanto equilíbrio ambiental quanto restituir tudo o que foi retirado ilegalmente ou danificado em termos de equilíbrio ecológico, conforme prescrito no *caput* do artigo 225. Afinal, tratando-se o meio ambiente de direito difuso, os danos aos bens ecossistêmicos configuram-se como danos à toda coletividade, incluindo gerações presentes e futuras. A reparabilidade ambiental possui máxima extensão a fim de não propiciar práticas ilícitas que afetem as funções ecológicas dos bens ambientais.

A matriz constitucional exalta a livre iniciativa com ganhos individuais, sem dúvidas, mas coligada com a produção de valores positivos para o mercado e toda a coletividade. A estrutura econômico-social de ganhos ilícitos a partir de danos ecológicos representa um padrão de racionalidade econômica exploratória e destrutiva na qual “o custo-benefício do esquema de ressarcimento estimula esse tipo de comportamento oportunista” (Rosenvald, 2018, p. 228). A atividade econômica, a livre iniciativa, seja ela qual for, não se procede em um vazio normativo ou sem prismas valorativos de conformidade, sob risco de se converter em autofagia econômica, em um exercício econômico predatório e autodestrutivo (Leff, 2009).

[Sumário]

A livre iniciativa coordena-se com os valores sociais do trabalho, na condição de fundamento da República (art. 1º, IV), assim como se insere no prisma da ordem econômica de modo a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social e observada a proteção ecológica (art. 170, inciso VI). O lucro, as vantagens econômicas, são estimuladas, mas não de forma a se transformarem em custo social marginal ilegítimo com prejuízos à coletividade e em detrimento das práticas de proteção e resguardo do equilíbrio ecológico. O lucro ilícito auferido pelo dano, pelo ilícito ambiental, é destituído de suporte legitimador constitucional.

O *disgorgement*, a restituição financeira baseada nos lucros ilegítimos, está diretamente afivelada à reparação integral do dano ao meio ambiente, pois deriva do sistema de reparação que determina a proteção plena da flora, da fauna e dos demais bens ambientais, mesmo que de caráter abiótico, com exercício do dever de preservação e proteção em face do ilícito ambiental e suas consequências. O princípio condutor da reparação ambiental é o princípio da reparação integral, pelo qual a reparação dos danos deve ocorrer em máxima proporção possível, a impedir que se perpetuem lesões ambientais ou favorecimentos de qualquer espécie àquele que foi responsável pela degradação ecológica.

Nessa linha, o artigo 14, §1º, da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, determina que o poluidor é obrigado, independentemente de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros. Observe-se que não há uma exclusão, ao inverso, a admissão de alternatividade e mesmo cumulação é explícita no artigo 14, §1º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente. Aliás, o artigo 4º, inciso VII, da norma determina que deve ser imposto ao poluidor a obrigação de recuperar "e/ou" indenizar os danos causados. Além disso, o Superior Tribunal de Justiça já firmou na Súmula n. 629 que quanto ao dano ambiental é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer e à de não fazer cumulada com a de indenizar.

A amplitude da determinação legal e jurisprudencial abarca a condenação indenizatória pelos lucros ilícitos auferidos pela parte lesante, dado se configurar como resultado ou benefício advindo do ato ilícito, podendo configurar inclusive violação aos direitos de personalidade (Mendes, 2020) e aos direitos fundamentais, sejam eles individuais, sociais ou difusos. Não se trata apenas de enriquecimento sem causa. Trata-se de enriquecimento injusto, derivado de ato ilícito, a acarretar responsabilização civil. Os lucros ilícitos a serem objeto de condenação reparatória, postos em *disgorgement*, nada mais são do que indenização difusa pelos benefícios indevidamente auferidos pelo poluidor a partir da lesão ambiental que causou decréscimo no patrimônio ecológico.

A legitimidade e legalidade do pleito que reclama a compensação restituitória pelo enriquecimento ilícito obtido a partir da degradação ambiental está também prevista na Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, a reger as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e por decorrência implicar efeitos sobre a responsabilidade civil. O artigo 25, tal como o artigo 72 da Lei, determina que todos os produtos da infração devem ser retirados da propriedade ou posse do responsável pela infração. Os lucros ilícitos nada mais são do que a conversão mercadológica e monetária dos bens ecológicos em sua valoração pecuniária.

[Sumário]

Afinal, perpetuar os ganhos ilícitos ou ilegítimos derivados da situação de dano ambiental é justamente negar a reparação integral, que se faz, inclusive, como fator regente da responsabilidade civil ambiental. Além disso, a condenação reparatória que abrange a devolução ou a compensação a partir dos lucros ilícitos possui "óbvia eficácia preventiva de novos ilícitos, desencorajando a prática ou a reiteração de tais infrações, seja por parte do agente, como de outros *players* do mercado" (Rosenvald, 2018, p. 228). A atuação avaliativa jurídica integra-se em perspectiva econômica de efeitos para tomar em conta a racionalidade econômica exploratória e contrária aos postulados constitucionais.

Não é defensável juridicamente que uma pessoa, física ou jurídica, lucre com o dano ambiental procedido. Seria contrário ao sistema, em suas matrizes teleológica e ontológica, que o conjunto de perspectivas reparatórias e punitivas fosse absorvido ou custeado com a própria lucratividade derivada da ilicitude. A maquinação econômica passaria a ser endereçada ao proveito exploratório que em última medida poderia recair ao máximo como fonte pecuniária para fazer face às multas e à própria reparação, isso se um dia vierem a ocorrer. Há um cálculo instrumental de lesividade que se posta em verdadeiro custo-benefício da prática violadora dos bens ecológicos.

A base ético-jurídica do instituto está na necessidade de se coibir os lucros ilícitos obtidos pelo causador do dano a partir dos rendimentos ilegalmente auferidos com a produção, exploração, comercialização ou qualquer outra prática econômica que tenha lhe rendido vantagens financeiras derivadas da atividade ou empreendimento que promoveu o ato ilícito ambiental. Há uma ligação direta entre a ideia do *disgorgement of profits* e a teoria da vedação do enriquecimento sem causa, mas isso não significa uma confusão entre ambas (Rosenvald, 2021). Os lucros auferidos decorrem de ato ilícito, implicam-se na responsabilidade civil ambiental e estão sujeitos aqui às incursões de seu regime jurídico.

O vínculo principiológico apoia-se na negação da vantajosidade do dano para o ofensor, na pedra matriz da vedação do enriquecimento injusto. Portanto, a matriz regulatória e o regime jurídico da responsabilidade civil ambiental atraem toda a avaliação dos lucros ilícitos derivados de dano ambiental. Nessa medida, as demandas de restituição do lucro ilícito derivado de degradação ambiental estão imanentemente ligadas aos efeitos da imprescritibilidade, conforme firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Tema n. 999.[1] A aplicação civilista pura levaria a se cogitar de implicação do prazo prescricional de três anos, previsto no artigo 206, §3º, inciso IV, do Código Civil. Entretanto, se o lucro ilícito possui razão de causa no dano ambiental, está abarcado por todo o regime jurídico da responsabilidade civil ambiental, o que inclui a imprescritibilidade assim como a responsabilidade objetiva, pela teoria do risco integral.

A empresa que efetiva supressão ilegal de vegetação na Amazônia, em Mata Atlântica, no Cerrado, dentre outros, e estiver com o produto da flora sendo transportado em um caminhão, perderá esse o produto ou subproduto da flora. Se procede ela à venda antes ou durante a

1 https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4130104&numeroProcesso=654833&classeProcesso=RE&numeroTema=999 Acesso em 21/05/2024

[Sumário]

apuração da infração, angariando faturamento ou lucro pela negociação do produto ou subproduto de origem ilícita da flora brasileira, a conversão pecuniária não retira ou elide a ilicitude. A condenação de ressarcimento do lucro ilícito ou mesmo do faturamento obtido equivale aqui à desconsideração da alienação ilícita, ao que preserva o poluidor verdadeiro passivo reparatório derivado de sua conduta de venda ou negociação ilegal de bem ambiental. Situação congênere ocorre com aquele que explora pecuária em área de ocorrência de supressão ilegal de vegetação, seja de área de preservação permanente, seja de reserva legal, tal como ocorre com aquele que movimenta sua indústria a partir de efluentes poluidores ilegais.

Os ganhos com a atividade ilegal de dano ambiental, ao final, resultaram em ganhos econômicos e de mercado, para os quais as saídas jurídicas tradicionais não estão preparadas para responder, se é feita uma tomada de problema sob o estrito e pontual ângulo civilista clássico. É nesse contexto que se tem o instituto do *disgorgement of profits*, ou da restituição ou compensação em razão dos lucros ilícitos auferidos, aplicados ao Direito Ambiental. A amplitude de utilização do *disgorgement of profits*, ou da restituição dos lucros ilícitos, ganha corpo com a densificação dos problemas da responsabilidade civil no século XXI. E a situação não se limita nem ao Brasil e nem mesmo somente ao ramo do Direito Ambiental.

A matéria leva aos níveis de atuação, voluntariedade e inclusive propulsão ou desestímulo da atividade lesiva como um todo. Ou seja, a dimensão de fatores de voluntariedade pode transcender para além da reparação propriamente dita a fim de caracterizar a demanda de restituição via *disgorgement of profits*, em virtude de seus efeitos efetivamente compensatórios da lesão (Glister, 2017, p. 185). Em obra coletiva que analisa o *disgorgement of profits* nos mais diversos cenários e matrizes jurídicas (Hondius; Janssen, 2015, pp. 3-12), passando pelo *common law*, pelos sistemas de matriz francesa (inclusive Portugal), latino-americana, germânica, nórdica, báltica, asiática e africana, Ewoud Hondius e André Janssen destacam que há uma ascensão mundial do questionamento e institucionalização de mecanismos que considerem o dever de restituir os lucros ilícitos:

> *Thus, several national reporters might face the fact that the possibilities for receiving disgorgement damages might be wide-spread over several branches of law; sometimes based on case law and sometimes on statutory law, and the legal requirements might differ considerably. The question is nonetheless whether despite this diversity just mentioned a coherent theory of disgorgement damages exists. The question is for example whether the different kind of disgorgement damages do serve the same function and what function that would be. As possible underlying reasons for disgorgement damages are discussed: prevention, compensation, restitution, deterrence or also the "Rechtsfortwirku". (Hondius; Janssen, 2015, p. 8)*

O *disgorgement* está ligado ao desfrute ilegítimo de situações jurídicas ligadas a danos provocados ou sob proveito do sujeito responsável pela atividade ou empreendimento. A fixação compensatória financeira centrada nos lucros ilegítimos visa alcançar a alteração econômica que beneficiou o lesante (Rosenvald, 2018, p. 228), ou seja, o acréscimo patrimonial direta ou indiretamente auferido a partir de exploração indevida e da destruição dos bens ecológicos derivada da degradação ambiental. Portanto, há aqui um viés de repulsa à perduração do dano, inclusive quanto aos efeitos que a lesão pode provocar no mercado como um todo. Afinal, não

[Sumário]

pode o lesante ter um ganho superior ao dos agentes que se conduzem regularmente no mercado. A construção aplicada remete às hodiernas questões passadas no debate sobre a responsabilidade civil, como observa Nelson Rosenvald:

> Ultimamente, a *common law* vem trabalhando intensamente questões como essa, valendo-se do remédio dos *restitutionary damages*. Ou seja, tal qual no Brasil, enquanto os *compensatory damages* abrangem os já conhecidos *pecuniary damages* e *non-pecuniary damages*, tendo como recorte o cotejo entre a situação pessoal da vítima antes e depois do fato danoso (teoria da diferença, art. 402 CC); o remédio restituitório é viabilizado pela técnica do *disgorgement*, oferecendo uma *overcompensation*, pois haverá a devolução de todos os valores efetivamente obtidos pelo autor do delito em razão do desfrute antijurídico de situações jurídicas alheias. (Rosenvald, 2018, p. 227)

Nesse sentido caminha a reflexão em termos econômicos e jurídicos em diversos julgados passados no cenário estadunidense. Referência é o seguinte julgado da Suprema Corte de Wyoming – USA:

> *The remedy in restitution rests on the ancient principle of disgorgement. Beneath the cloak of restitution lies the dagger that compels the conscious wrongdoer to "disgorge" his gains. Disgorgement is designed to deprive the wrongdoer of all gains flowing from the wrong rather than to compensate the victim of the fraud. In modern legal usage the term has frequently been extended to include a dimension of deterrence. Disgorgement is said to occur when a "defendant is made to 'cough up' what he got, neither more nor less." From centuries back equity has compelled a disloyal fiduciary to "disgorge" his profits. He is held chargeable as a constructive trustee of the ill-gotten gains in his possession. A constructive trustee who consciously misappropriates the property of another is often refused allowance even of his actual expenses. Where a wrongdoer is shown to have been a conscious, deliberate misappropriator of another's commercial values, gross profits are recoverable through a restitutionary remedy.*
>
> *Warren v. Century Bankcorporation, Inc., 741 P.2d 846, 852 (Okl.1987) (emphasis in original; footnotes omitted). Even Judge Posner, guru of the law and economics movement, has recognized that restitution has a rightful place in intentional tort cases: "to make the tort worthless to the tortfeasor and thereby channel resource allocation through the market." R. Posner, Economic Analysis of the Law 194 (3 rd ed.1986). (United States, 2000)*

O dano ambiental desconfigura a justa causa de enriquecimento ou lucratividade na atividade ou empreendimento. Atividades que se sustentam no desfrute da lesão ecológica ilícita carecem de justa causa em seu desempenho. Em decorrência, legitima-se o pleito em ações civis públicas ambientais voltados para a condenação compensatória em restituição dos lucros ilícitos recebidos pelos responsáveis pelo ato ilícito, sejam eles pessoas físicas, sejam eles pessoas jurídicas. Embora o tema ainda esteja em construção no cenário brasileiro, é possível identificar claramente essa matriz decisória, embora não assim nomeada, quando se tematiza os danos ambientais e minerários derivados de exploração ilícita de recursos minerais.

Em termos de jurídico-ambientais e em sua vinculação ao Direito Minerário, é possível encontrar referência de idêntica *ratio legis* e mesmo *ratio decidendi* quando se analisam os pleitos desenvolvidos em ações civis públicas manejadas pela Advocacia-Geral da União, em representação da União, para fins de indenização por exploração ilegal de recursos minerais. Os pleitos e condenações determinam tanto a reparação do dano quanto o ressarcimento em

[Sumário]

integralidade dos valores faturados pela pessoa jurídica responsável pelo dano e exploração ilegal dos recursos minerais. Tem-se que os Tribunais firmaram posição no sentido de que a extração ilegal de recursos minerais determina o ressarcimento de 100% do valor faturado ou valor de mercado do bem utilizado, o que equivale em verdade ao *disgorgement of profits*. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgInt no REsp 1990213/PB, proferido em setembro de 2022, assentou:

> *PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXTRAÇÃO IRREGULAR DE AREIA. RESSARCIMENTO. 100% DO VALOR FATURADO OU DO VALOR DE MERCADO. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7. INAPLICABILIDADE.*
>
> *I - Na origem, trata-se de ação civil pública ajuizada pela União objetivando o ressarcimento do valor de R$ 1.112.280,00 (um milhão, cento e doze mil e duzentos e oitenta reais), correspondente à extração ilegal e sem autorização de areia, no Riacho Lava Mangaba, no Município de Caaporã/PB.*
>
> *(...)*
>
> *V - A decisão deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, pois aplicou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firme no sentido de que "a indenização deve abranger a totalidade dos danos causados ao ente federativo, sob pena de frustrar o caráter pedagógico-punitivo da sanção e incentivar a impunidade de empresa infratora, que praticou conduta grave com a extração mineral irregular", fato esse incontroverso nos autos.*
>
> *VI - Ademais, perfilhar do mesmo entendimento do aresto recorrido, de serem devidos apenas o ressarcimento de 4,0% sobre o valor R$ 1.112.280,00 (um milhão, cento e doze mil, duzentos e oitenta reais), obtido ilegalmente com a lavra de areia após o vencimento da Guia de Utilização, percentual esse correspondente à alíquota máxima da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais - CFEM, implicaria conferir aparência lícita ao ganho obtido ilegal e irregularmente, sem autorização e em patente prejuízo ao meio ambiente. A esse respeito, os seguintes julgados: (REsp 1.923.855/SC, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 26/4/2022, DJe 28/4/2022, AREsp 1.676.242/SC, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 24/11/2020, DJe 1º/12/2020 e AREsp 1.520.373/SC, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 10/12/2019, DJe 13/12/2019.)*
>
> *VII - Prejudicada a análise do recurso especial do particular, em razão da acolhida da pretensão recursal esposada pela União.*
>
> *VIII - Agravo interno improvido.*
>
> *(STJ. AgInt no REsp n. 1.990.213/PB, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 19/9/2022, DJe de 21/9/2022.)*

Não se trata de simples ressarcimento, ou conversão do valor do bem em monetarização para fins de expressão de restituição. É possível, inclusive, que a massa de recursos minerais sequer fosse passível de exploração, tal como a existência de jazidas em um parque nacional, que é unidade de conservação de proteção integral. A mineração não é possível nessa situação, a massa de minérios estava em condição de exclusão de uma efetiva avaliação monetária em mercado como patrimônio financeiro pelo valor minerário, já que inserta no patrimônio ambiental indisponível. A condenação judicial de restituição de valores derivados do faturamento ou lucro decorrente da exploração e utilização ilícitas são em verdade restituição de lucros ou faturamento indevido. Trata-se, em escala prática, de verdadeira aplicação do *disgorgement* em matriz jurídica ambiental e minerária.

[Sumário]

Se a reparação pelos danos patrimoniais sofridos pelo ente federativo deve considerar a totalidade dos danos causados, e essa totalidade implica a ilegitimidade dos valores faturados ou postos em lucratividade a partir da ação ilícita, com maior razão ainda deve imperar a mesma razão de aplicação quando se trata de compensação financeira restituitória pelos lucros ilícitos obtidos pelo poluidor a partir da exploração ilegal ou irregular de outros bens ambientais, que não somente os bens ambientais minerários. Conforme pontuou o Superior Tribunal de Justiça sob a matriz dos recursos naturais minerários, compreender de forma diversa é incentivar a impunidade e a contabilização de atividades ilícitas para que possam elas, ao final de sua análise de custo-benefício, ainda almejar benefícios e vantagens a partir da lesão procedida.

A indenização procedida com a condenação em compensação pelos lucros ilícitos obtidos insere-se como face da reparação integral devida quando da ocorrência do dano ambiental. Entretanto, deve ela ser postulada em face de quem obteve o ganho. Portanto, não se faz possível a aplicação de argumentos de obrigação *propter rem*, já que o cerne do tema não diz respeito em si à reparação do bem, com sua recuperação ou restauração. Isso não significa a impossibilidade de caráter solidário na responsabilidade. Todos aqueles que usufruíram com o lucro ilícito são passíveis de responsabilização civil de caráter restituitório, via ação civil pública.

Afirmar a mensuração em valor que tome em parâmetro a receita ou o lucro sem causa obtidos pelo responsável pelo dano ambiental equivale a equilibrar o sistema, reconhecendo a condenação por enriquecimento sem causa e o *disgorgement*. Como assinala João Marcelo Torres Chinelato, não se tem aqui situação de excesso, mas sim análise e efeitos na consideração jurídica de legitimidade e causalidade do lucro, afinal “não se trata de devolver todo o proveito econômico auferido pelo causador do dano, mas apenas a parcela causalmente relacionada à lesão” (Chinelato, 2018, p. 126).

Portanto, não se atenta contra o empreendimento como um todo. As atividades, os lucros e o faturamento obtido em outras negociações ou contratações com suporte de licitude, com uso regular de recursos naturais, não são afetadas pelo pleito indenizatório. A matriz dos pleitos relativos ao *disgorgement of profits* está lastreada à causalidade inexistente, à ausência de justa causa, relativa ao resultado monetário obtido pelo sujeito em virtude de sua prática ilícita que veio a operar utilização irregular ou dano. As atividades regulares e seus respectivos resultados financeiros não são atingidos pela demanda, afinal, não procederam a partir do trampolim da ilegalidade.

Retiram-se da parte lesante os ganhos que obteve de forma ilegal, auferindo lucros que não teria se se comportasse regularmente. Igualmente, impede-se o desequilíbrio social, já que agentes de mercado que atuaram com retidão não se verão prejudicados em face de alternativas ilegais de redução de custos. Soma-se a isso a correção social aspirada: não pode o infrator sair em lucro financeiro derivado de sua conduta ilegal. Os lucros ilícitos com a atividade lesiva ao meio ambiente configuram-se, portanto, como verdadeiro produto da ilicitude ambiental e se sujeitam à disciplina da responsabilidade civil ambiental.

[Sumário]

O pleito ambiental de imputação de responsabilidade civil assume o objetivo de obter ressarcimento ou restituição compensatória pela prática ilegal que resultou em lucratividade, ao que o destino dos valores deve ser o Fundo de Direitos Difusos, nos termos do artigo 13 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, a Lei da Ação Civil Pública, combinado com as disposições do Decreto n. 1.306, de 9 de novembro de 1994, salvo permissão normativa para destinação outra.

Entretanto, há outra possibilidade. A condenação em *disgorgement of profits* possui natureza de verdadeira indenização restituitória. Nessa linha, tendo o caráter restituitório, se há identificação de qual foi a área ambientalmente protegida que foi lesionada, nada impede que o elemento de restituição determine ser esta a área destinatária dos recursos resgatados. Suponha-se que a área afetada por exploração de flora, fauna ou mesmo de recursos naturais minerários esteja inserta em uma unidade de conservação. Legítima é a destinação dos valores condenatórios relativos ao *disgorgement* diretamente para a unidade de conservação, afinal, o lucro ilícito ocorreu a partir dos bens ambientais ali situados.

[Sumário]

Considerações finais

A análise da responsabilidade civil por danos ambientais implica desafios de avaliação integrada e contextualizada de empreendimentos e atividades a fim de concatenar aspectos jurídicos e econômicos. Os contornos e elementos de determinação e definição das funções da responsabilidade civil na contemporaneidade exigem que a compreensão reparatória em seu sentido amplo leve em conta a função de prevenção e efetiva reparação integral dos danos ecológicos. Em termos sistêmicos, não é juridicamente admissível que a prática econômica desenvolva em seu teor organizacional estratégia de ganhos ou benefícios finais a partir do ilícito ambiental.

Se em esfera teórica geral pode haver dissonâncias e discussões sobre a aplicabilidade do *disgorgement of profits*, da restituição dos lucros ilícitos, assim como de sua correlação para com a teoria de vedação de enriquecimento ilícito, em escala jurídico-ambiental não se verifica celeuma conceitual ou normativa. Os bens ambientais, em sua máxima expressão de direitos difusos, em sua dimensão de direitos humanos, ou direitos fundamentais de terceira dimensão ou geração, não podem ser legitimamente convertidos em fonte de ganhos ilícitos derivados de ilicitudes que implicam em si degradação ecológica. O princípio regente da responsabilidade civil é a reparação integral, que engloba em si a devolução ou restituição dos lucros ilícitos, que se faz por meio de determinação condenatória de caráter ecológico-financeiro.

Embora essas percepção e construção estejam ainda em aprofundamento jurídico e judicial no Brasil, já se verificam sedimentações e posicionamentos que estão para com ela em sintonia, embora por vezes não se tenha uma clara e aberta exposição conceitual dos institutos envolvidos. Atividades ou empreendimentos ambientalmente ilícitos e desenvolvidos com irregularidade não podem ter tratamento congênere, ou até mesmo mais favorável, ao dispensado aos empreendedores que cumprem as normas ambientais e resguardam intervenções nos bens e recursos naturais. Além disso, a restituição dos lucros ilícitos é mecanismo de retorno ao meio ambiente e à coletividade como um todo do componente posto em valoração econômica, tendo em vista o dano ambiental projetado.

A partir da conjuntura normativa, jurídica e judicial existentes, tem-se que as ações civis públicas ajuizadas para fins de reparação ambiental implicam também na legitimidade de se demandar dos responsáveis pelos danos ambientais a devolução ou restituição dos lucros ilícitos obtidos a partir das práticas ilegais. Tem-se assim pela plena legitimidade de pleitos reparatórios desenvolvidos pelo IBAMA ou ICMBio, a partir da Advocacia-Geral da União, assim como pelo Ministério Público, tal como por outros legitimados para a ação civil pública, para se alcançar a restituição dos lucros ilícitos auferidos pelo autor da degradação ecológica.

A sistemática de valoração desses lucros ou benefícios ilícitos irá depender da tipologia e qualificação do dano ambiental. Considerando a atividade ou empreendimento, pode-se pautar a partir do próprio faturamento do empreendimento, se as atividades forem em si concentradas e centradas em práticas ilegais, assim como podem ser maturadas pela expressão de lucratividade estimada ou posta em aferição contábil. Entretanto, as diversidades de avaliação de valoração em si do lucro ilícito não são justificativas para sua negação de restituição. Pensar em sentido contrário seria equivalente a negar a restituição e a própria reparação integral.

[Sumário]

Referências

BARBOSA, Caio César do Nascimento; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. A eficácia do disgorgement of profits na contenção de ilícitos. In NETTO, Felipe Peixoto Braga; SILVA, Michael César (Org.). *Direito privado e contemporaneidade*: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI. Vol. 3. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, pp. 125-144.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. AgInt no REsp n. 1.990.213/PB, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 19/9/2022, DJe de 21/9/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200679284&dt_publicacao=21/09/2022>. Acesso em: 14 mai. 2024.

CHINELATO, João Marcelo Torres. Do dever de restituir o lucro decorrente da lesão a direitos coletivos. In *Publicações Da Escola Superior da AGU*, vol. 10, n. 3, pp. 115-130, 2018.

COOTER, Robert; Ulen, Thomas. *Law and economics*. 6th Edition. Boston: Pearson, 2012.

GLISTER, Jamie. Accounts of profits and third parties. In DEGELING, Simone; VARUHAS, Jason N. E.. *Equitable compensation and disgorgement of profits*. Oxford and Portland: Hardt Publishing, 2017. pp. 175-196.

GONDIM, Glenda Gonçalves. A responsabilidade civil no uso indevido dos dados pessoais. *Revista IBERC*, vol. 4, n. 1, pp. 19-34, jan.-abr. 2021.

HONDIUS, Ewound; JANSSEN, André. Original questionnaire: disgorgement of profits. In Houndius, Ewoud; Janssen, André (Editors). *Disgorgement of profits*: gain-based remedies throughout the world. Ius comparatum – Global Studies in comparative law. Vol. 8. London: Springer, 2015, pp. 3-12.

LEFF, Enrique. *Ecologia, capital e cultura*: a territorialização da racionalidade ambiental. Tradução de Jorge E. Silva. Revisão técnica de Carlos Walter Porto-Gonçalves. Petrópolis: Vozes, 2009.

MENDES, Pedro Manuel Pimenta. *Restituição do lucro ilícito pela violação de direitos de personalidade*. São Paulo: Almedina, 2020.

MORAES, Renato Duarte Franco de. *Enriquecimento sem causa e o enriquecimento por intervenção*. São Paulo: Almedina, 2021.

PAVAN, Vitor Ottoboni. *Responsabilidade civil e ganhos ilícitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PAVAN, Vitor Ottoboni; SALIBA, Mauricio Gonçalves. (Re)pensar a responsabilidade civil: o direito de danos a partir do direito civil constitucional no Brasil. In *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 38, pp. 206-238, 2020.

[Sumário]

ROSENVALD, Nelson. As fronteiras entre a restituição do lucro ilícito e o enriquecimento por intromissão. In: BARBOSA, Mafalda Miranda. MUNIZ, Francisco. ROSENVALD, Nelson (Coords.). Desafios da nova Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora JusPodivm, 2019b.

ROSENVALD, Nelson. *O direito civil em movimento: desafios contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 228.

ROSENVALD, Nelson. *Responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo*. Salvador: Juspodivm, 2021.

ROSENVALD, Nelson. *Responsabilidade civil: compensar, punir e restituir*. In Revista IBERC, vol. 2, n. 2, pp. 1-9, abr.-jun. 2019a.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012.

UNITED STATES. Supreme Court of Wyoming. *Richard CROSS, Appellant (Defendant), v. BERG LUMBER COMPANY, Appellee (Plaintiff)*. No. 99-91. Decided: July 20, 2000.

WEIBLEN, Fabrício; SENA JÚNIOR, Roberto di; PARGENDLER, Vitor Silveira. A teoria do produto bruto mitigado como alternativa para o ressarcimento de danos ao erário nas fraudes em contratações públicas. In *Revista Jurídica do Ministério Público de Santa Catarina*, Florianópolis, vol. 15, n. 32, pp. 47-78, jun-nov. 2020.

[Sumário]

Artigo

Prescrição Intercorrente no Direito Processual Ambiental Brasileiro e Aprovação do Instituto no Estado de Minas Gerais

Intercurrent Prescription in Brazilian Environmental Procedure Law and Approval of the Institute in the State of Minas Gerais

Ana Luiza Novais Cabral
Advogada
Pós-Doutorado na linha de pesquisa Direitos Humanos, Democracia e Jurisdição Constitucional da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG
Doutorado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais com Bolsa CAPES
Mestrado em Direito Ambiental pela Escola Superior Dom Helder Câmara
Pós-graduação em Direito da Mineração no Centro de Estados em Direito e Negócios com Bolsa Monitoria
MBA em Direito Ambiental e Governança, Riscos e Compliance no Centro de Estudos em Direito e Negócios
Pós-graduação em Direito Tributário pela Faculdade Gama Filho
Pós-graduação em Direito Ambiental pela Faculdade Integrada AVM
Graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas Newton Paiva
Coordenadora do Grupo de Estudos avançados em Direitos Fundamentais, Processo Democrático e Jurisdição Constitucional do Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Álvaro Ricardo de Souza Cruz
Desembargador do Tribunal Regional Federal da 6ª Região
Professor adjunto III da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Pós-Doutor em História
Doutor em Direito Constitucional
Mestre em Direito Econômico
Graduado em Ciências Econômicas e Direito

[Sumário]

Resumo

A prescrição e prescrição intercorrente, matéria introduzida no Direito brasileiro a partir do Decreto n.º 20.910/1932, possui aspectos dúbios quanto a sua utilização, principalmente em assuntos Estaduais ambientais no qual o ente federativo não disciplina sobre a temática. A lacuna legislativa dá vazão a utilização da prescrição intercorrente com prazos de 05 (cinco) e 03 (três) anos, ou a sua não utilização baseada em jurisprudências. A dissonância nos entendimentos implica em possíveis arbitrariedades administrativas, no qual o processo perdure por prazo indeterminado. Assim, utilizando-se de uma metodologia teórico-jurídico com raciocínio dedutivo, através de análise doutrinária e jurisprudencial, serão observados, como objetivo do presente trabalho, importantes fatores sobre a prescrição intercorrente no processo administrativo ambiental, principalmente no Estado de Minas Gerais, que disciplinou a matéria através do Projeto de Lei n.º 95/2023, que acrescenta redação a Lei n.º 21.735/2015.

Palavras-chaves: Prescrição; Prescrição Intercorrente; Processo Administrativo; Direito Ambiental.

Abstract

Prescription and intercurrent prescription, a matter introduced into Brazilian Law from Decree n.º 20.910/1932, has dubious aspects regarding its use, mainly in State environmental matters in which the federative entity does not regulate the subject. The legislative gap gives rise to the use of intercurrent prescription with periods of 05 (five) and 03 (three) years, or its non-use based on case law. The dissonance in understandings implies possible administrative arbitrariness, in which the process lasts for an indefinite period. Thus, using a theoretical-legal methodology with deductive reasoning, through doctrinal and jurisprudential analysis, the objective of this work will be to observe important factors regarding the intercurrent prescription in the environmental administrative process, mainly in the State of Minas Gerais, which regulated the matter through Bill n.º 95/2023, which adds wording to Law n.º 21.735/2015.

Keywords: Prescription; Intercurrent Prescription; Administrative process; Environmental Law.

[Sumário]

Conceitos e Aspectos Gerais Sobre a Prescrição e Prescrição Intercorrente Descritas em Legislações Federais. O Processo Administrativo Ambiental

O cerne do estudo requer algumas considerações sobre a matéria prescrição e prescrição intercorrente no processo administrativo ambiental, suas características e legislações Federais e Estaduais. Segundo Paulo de Bessa Antunes, a prescrição é tida como "uma das consequências do tempo sobre o direito, possuindo significação jurídica, tal como as manifestações de vontade e dos demais atos aquisitivos de direitos. O tempo é um elemento que se soma aos demais requisitos formadores de um direito" (ANTUNES, 2021).

Nos mesmos termos, conforme dispõe Helly Lopes Meirelles (2016, p. 816), "a prescrição administrativa opera a preclusão da oportunidade de atuação do Poder Público sobre matéria sujeita à sua apreciação", no qual "não se confunde com a prescrição civil, nem estende seus efeitos às ações judiciais, pois é restrita à atividade interna da Administração, acarretando a perda do direito de anular ato ou contrato administrativo, e se efetiva no prazo que a norma legal estabelecer" (MEIRELLES, 2016, p. 816).

Segundo o Código Civil, em seu artigo 189, "violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206" (BRASIL, 2002). O mesmo diploma legal, qual seja, em seu artigo 206-A, disciplina, na redação dada pela Lei n.º 14.382/2022, que a "prescrição intercorrente observará o mesmo prazo de prescrição da pretensão, observadas as causas de impedimento, de suspensão e de interrupção da prescrição previstas neste Código e observado o disposto no art. 921 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (CPC)" (BRASIL, 2002). Entretanto, em que pese ser disciplinado tais normativas quanto prescrição e prescrição intercorrente, o Direito Civil é ramo do direito privado e, portanto, não alcança as situações de processos administrativos ambientais do direito público.

Sobre a prescrição intercorrente, é cediço observar que, segundo o novo Código de Processo Civil (artigo 921), trata-se da perda do direito de exigir um direito pela ausência de ação durante um determinado tempo no curso de um procedimento baseada no princípio da duração razoável do processo descrito no artigo 5º, LXXVIII da Constituição Brasileira, qual seja, "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (BRASIL, 1988). Desta forma, a própria Constituição garante que a prescrição poderá ser utilizada nos processos administrativos ambientais, considerando que tais procedimentos não podem ser estendidos *"ad aeternum"* pela administração pública.

No procedimento administrativo, a temática é descrita na Lei n.º 9.873/1999 que "estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências", dispondo, *in verbis*:

> Art. 1º. Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.
> § 1º. Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de

[Sumário]

> julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso (BRASIL, 1999).

A Legislação Federal citada que trata especificamente sobre a matéria prescrição na Administração Pública Federal e traz as duas temáticas estudadas, ora, a prescrição em seu artigo 1º com prazo quinquenal, e a prescrição intercorrente do §1º com prazo trienal. Entretanto, no caso em questão, a próprio normativa retrata que os prazos estabelecidos serão imputados em processos da Administração Pública Federal, deixando silente a questão sobre as Legislações Estaduais e/ou Municipais, sendo, posteriormente pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça a utilização da Lei, ora citada, somente para a Administração Pública Federal.

Assim, nos termos da referida Lei Federal, a pretensão punitiva propriamente dita possui o prazo quinquenal, estabelecendo, portanto, a prescrição stricto sensu, que deverá ser contada da data da prática do ato, ou do dia que tiver cessado o ato, no caso de infração permanente ou continuada. Lado outro, a prescrição trienal consubstanciada de forma intercorrente, refere-se a procedimentos paralisados e pendentes de julgamentos ou despacho trazendo prejuízo a parte interessada, podendo ser conhecido de ofício.

Ademais, sobre a Lei n.º 9.873/1999, foi publicada a Súmula 633 do Superior Tribunal de Justiça, em que “a Lei nº 9.784/99, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria” (STJ, 2019). Com vistas a esse entendimento e nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido analogicamente que, quando estiverem ausentes normas específicas em Estados e Municípios, deve-se usar o prazo prescricional quinquenal da Lei Federal n.º 9.874/1999.

A Lei Federal n.º 9.874/1999, que “regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal” (BRASIL, 1999), não trata sobre a matéria em questão e o prazo prescricional, e assim, utiliza, portanto, os prazos estabelecidos na Lei Federal n.º 9.873/1999, quinquenal sobre prescrição e trienal quanto a prescrição intercorrente no âmbito de processos administrativos federais.

No mais, a Lei Federal n.º 9.873/1999, como anteriormente antecipado, vincula a sua aplicação somente aos processos administrativos Federais, não se estendendo aos demais entres federados, quais sejam, Estaduais e/ou Municipais, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial Repetitivo 1.115.078/RS. É o que dispõe:

> ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. PRESCRIÇÃO. SUCESSÃO LEGISLATIVA. LEI 9.873/99. PRAZO DECADENCIAL. OBSERVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AO RITO DOART. 543-C DO CPC E À RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. (...) 2. A questão debatida nos autos é, apenas em parte, coincidente com a veiculada no REsp 1.112.577/SP, também de minha relatoria e já julgado sob o regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008. Neste caso particular, a multa foi aplicada pelo Ibama, entidade federal de fiscalização e controle do meio ambiente, sendo possível discutir a incidência da Lei 9.873, de 23 de

[Sumário]

novembro de 1999, com os acréscimos da Lei 11.941, de 27 de maio de 2009. No outro processo anterior, a multa decorria do poder de polícia ambiental exercido por entidade vinculada ao Estado de São Paulo, em que não seria pertinente a discussão sobre essas duas leis federais. 3. **A jurisprudência desta Corte preconiza que o prazo para a cobrança da multa aplicada em virtude de infração administrativa ao meio ambiente é de cinco anos, nos termos do Decreto n.º 20.910/32, aplicável por isonomia por falta de regra específica para regular esse prazo prescricional. 4. Embora esteja sedimentada a orientação de que o prazo prescricional do art. 1° do Decreto 20.910/32 – e não os do Código Civil – aplicam-se às relações regidas pelo Direito Público, o caso dos autos comporta exame à luz das disposições contidas na Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999, com os acréscimos da Lei 11.941, de 27 de maio de 2009. 5. A Lei 9.873/99, no art. 1º, estabeleceu prazo de cinco anos para que a Administração Pública Federal, direta ou indireta, no exercício do Poder de Polícia, apure o cometimento de infração à legislação em vigor, prazo que deve ser contado da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado a infração.** 6. Esse dispositivo estabeleceu, em verdade, prazo para a constituição do crédito, e não para a cobrança judicial do crédito inadimplido. Com efeito, a Lei 11.941, de 27 de maio de 2009, acrescentou o art. 1º- A à Lei 9.873/99, prevendo, expressamente, prazo de cinco anos para a cobrança do crédito decorrente de infração à legislação em vigor, a par do prazo também quinquenal previsto no art. 1º desta Lei para a apuração da infração e constituição do respectivo crédito. 7. Antes da Medida Provisória 1.708, de 30 de junho de 1998, posteriormente convertida na Lei 9.873/99, não existia prazo decadencial para o exercício do poder de polícia por parte da Administração Pública Federal. **Assim, a penalidade acaso aplicada sujeitava-se apenas ao prazo prescricional de cinco anos, segundo a jurisprudência desta Corte, em face da aplicação analógica do art. 1º do Decreto 20.910/32**. 8. A infração em exame foi cometida no ano de 2000, quando já em vigor a Lei 9.873/99, devendo ser aplicado o art. 1º, o qual fixa prazo à Administração Pública Federal para, no exercício do poder de polícia, apurar a infração à legislação em vigor e constituir o crédito decorrente da multa aplicada, o que foi feito, já que o crédito foi inscrito em Dívida Ativa em 18 de outubro de 2000. 9. A partir da constituição definitiva do crédito, ocorrida no próprio ano de 2000, computam-se mais cinco anos para sua cobrança judicial. Esse prazo, portanto, venceu no ano de 2005, mas a execução foi proposta apenas em 21 de maio de 2007, quando já operada a prescrição. Deve, pois, ser mantido o acórdão impugnado, ainda que por fundamentos diversos. 10. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao art. 543-C do CPC e à Resolução STJ n.º 08/2008. (REsp 1115078/RS, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 06/04/2010) (**Grifo nosso**)

No mesmo sentido, o Decreto n.º 6.514/2008, “dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências” (BRASIL, 2008). Percebe-se que o Decreto em questão é normativa mais específica que a Lei n.º 9.873/1999, pois além de retratar os procedimentos administrativos Federais, dispõe sobre sancionamentos e infrações ambientais, porém, novamente, somente a utilização normativa em processos Federais, nada dispondo sobre Legislações Estaduais e/ou Municipais.

O referido Decreto n.º 6.514/2008, em seu artigo 21, caput, descreve expressamente que, “prescreve em cinco anos a ação da administração objetivando apurar a prática de infrações contra o meio ambiente, contada da data da prática do ato, ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que esta tiver cessado” (BRASIL, 2008). O *caput* do artigo citado refere-se ao prazo prescricional propriamente dito, nos mesmos moldes da Legislação Federal sobre a Administração Pública Federal, ora analisada. Entretanto, o § 2º do mesmo dispositivo, relata matéria sobre a prescrição trienal intercorrente, qual seja:

[Sumário]

> Incide a prescrição no procedimento de apuração do auto de infração paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação (BRASIL, 2008).

Os dois diplomas somente embalam a Legislação Federal e, havendo lacuna ou inexistência de Legislação Estadual e/ou Municipal específica que trate sobre a questão, o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou quanto ao uso do Decreto n.º 20.910/1932, estabelecendo, em seu artigo 1º que, "as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem" (BRASIL, 1932). Portanto, segundo aquele Tribunal, conquanto aos Estado e Municípios, deve-se utilizar o prazo prescricional quinquenal nos procedimentos administrativos ambientais quando houver lacuna ou inexistência de normativa específica Estadual e/ou Municipal.

É o que também confere Maria Sylvia Zanella Di Pietro, sobre a utilização do Decreto n.º 20.910/1932, quanto a Legislação Estadual e/ou Municipal sobre matéria prescricional administrativa na configuração de dívida passiva em relação aos entes federados, enquadrando-se as dívidas provenientes de procedimentos administrativos ambientais que culminam no pagamento de multa.

> Ficamos com a posição dos que, como Hely Lopes Meirelles (2003:653) entendem que, no silêncio da lei, a prescrição administrativa ocorre em cinco anos, nos termos do Decreto n. 20.910/32. Quando se trata de direito oponível à Administração, não se aplicam os prazos do direito comum, mas esse prazo específico aplicável à Fazenda Pública; apenas em se tratando de direitos de natureza real é que prevalecem os prazos previstos no Código Civil, conforme entendimento da jurisprudência (DI PIETRO, 2017, p. 983).

Entretanto, passadas as considerações da prescrição quinquenal do Decreto n.º 20.910/1932, o artigo 4º da mesma disciplina, dispõe que: "não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, ao reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la" (BRASIL, 1932). Desta forma, quanto a prescrição intercorrente, o referido Decreto estabelece o seu não cômputo ou sua não observância, trazendo forma diversa na Lei n.º 9.873/1999 e Decreto n.º 6.514/2008.

Portanto, diante da ausência de Lei Estadual e/ou Municipal que disponha sobre a matéria prescricional em processos administrativos, o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça se consagra na utilização do prazo quinquenal do Decreto n.º 20.910/1932 para cobrança de multa aplicada em virtude de infração administrativa ao meio ambiente e a não observância da prescrição intercorrente em razão de inércia ou morosidade da administração pública, ficando, desta forma, a prescrição intercorrente prejudicada. A pretensão punitiva *stricto sensu*, segundo o Superior Tribunal de Justiça, é quinquenal, segundo o Decreto n.º 20.910/1932 e o estabelecimento de não observância de prazo em razão da prescrição intercorrente, considerando que o Decreto inadmite o instituto.

[Sumário]

Das Legislações Estaduais que Tratam Sobre a Matéria Prescricional nos Processos Administrativos Ambientais. Jurisprudências Correlatas da Temática em Estudo. Entendimento Pacificado do Superior Tribunal de Justiça

Realizando uma pesquisa sobre a prescrição no âmbito administrativo ambiental em legislações estaduais brasileiras, percebe-se que alguns Estados trataram sobre o assunto em normativas específicas suplementando a Legislação Federal no que diz respeito a temática.

Inicialmente sobre o estudo nas legislações correlatas, o Estado de Minas Gerais, até maio de 2024, não tinha regulamentação específica própria sobre a prescrição intercorrente em processos administrativos ambientais, o que dava azo a interpretações divergentes do Tribunal, ora concedendo a prescrição baseada no Decreto n.º 20.910/1932, ora retratando a inexistência de Lei Estadual sobre a questão e a não observância de prazo prescricional no âmbito administrativo ambiental. É o que se segue:

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA. PENALIDADE AMBIENTAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRELIMINAR REJEITADA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. CAUSA NÃO VERIFICADA. TUTELA DE URGÊNCIA. REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS. **PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA INTERCORRENTE. QUESTÃO NÃO REGULADA NO ÂMBITO ESTADUAL. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEGISLAÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE.** TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. SUSPENSÃO DURANTE O PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO NÃO PROVIDO. DECISÃO MANTIDA. O Estado de Minas Gerais é parte passiva legítima na ação ajuizada com a finalidade de anular Auto de Infração lavrado pela Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável - SEMAD. O depósito judicial integral do valor atualizado da penalidade aplicada pela autoridade ambiental tem o condão de suspender a respectiva exigibilidade durante a tramitação do processo em que se questiona a legitimidade do crédito não tributário. Não garantido o Juízo, não há falar-se em suspensão de eventual cobrança do crédito. Nos termos do art. 300 do CPC, a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Não sendo demonstrados, de plano, esses elementos, impõe-se a manutenção da decisão de primeiro grau que indeferiu o pleito de urgência formulado na petição inicial. Consoante entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça, "o art. 1º do Decreto 20.910/1932 apenas regula a prescrição quinquenal, não havendo previsão acerca de prescrição intercorrente, apenas prevista na Lei 9.873/1999, que, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não se aplica às ações administrativas punitivas desenvolvidas por Estados e Municípios, em razão da limitação do âmbito espacial da lei ao plano federal" (AgInt nos EDcl no REsp 1893478/PR, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2020, DJe 18/12/2020). Ainda segundo aquela Corte Superior, "a prescrição da ação de cobrança somente tem início com o vencimento do crédito sem pagamento, quando se torna inadimplente o administrado infrator. Antes disso, e enquanto não se encerrar o processo administrativo de imposição da penalidade, não corre prazo prescricional, porque o crédito ainda não está definitivamente constituído e simplesmente não pode ser cobrado" (REsp 1.112.577/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 8/2/2010). (TJMG, Agravo de Instrumento 1.0000.22.033949-3, Rel. Des.(a) Júlio Cezar Guttierrez, Dje: 17/10/2022) (**Grifo nosso**)

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - MULTA ADMINISTRATIVA - INFRAÇÃO AMBIENTAL - PRESCRIÇÃO

[Sumário]

> INTERCORRENTE - LEGISLAÇÃO LOCAL - INEXISTÊNCIA - EXIGIBILIDADE - EXAURIMENTO - INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA - PREJUDICIAL DE MÉRITO - REJEITADA. 1. O STJ, sob o rito do art. 1.036, do CPC, firmou tese jurídica para afastar a esfera de incidência da Lei n. 9.783/95, que trata do prazo trienal da prescrição intercorrente da pretensão punitiva da administração pública federal, nos processos administrativos instaurados no âmbito dos Estados e Municípios. 2. Considerando (i) a eficácia vinculante dos precedentes paradigmáticos; (ii) a inviável incidência da Lei n. 9.873/95; (iii) a inexistência de legislação específica local regulamentando a prescrição intercorrente, no âmbito do processo administrativo ambiental; e (iv) o termo inicial da prescrição nesse caso, não há se falar em nulidade e insubsistência do auto de infração, nem tampouco da multa imputada à requerente. **V. - Uma vez paralisado, por mais de 6 (seis) anos e sem qualquer motivação, o processo administrativo que ensejou o arbitramento de multa por infração ambiental, forçoso reconhecer a prescrição intercorrente, utilizando-se por simetria a regra geral do Decreto 20.910/1932. Observância aos princípios da segurança jurídica, do devido processo legal, e da razoável duração do processo. Entendimento corroborado pela previsão do art. 206-A do Código Civil, com a redação dada pela Medida Provisória n. 1.040, de 2021.** MÉRITO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - MULTA POR INFRAÇÃO AMBIENTAL - CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA - PRESUNÇÃO DE VERACIDADE - NÃO DESCONSTITUIÇÃO - ÔNUS DO EMBARGANTE 1. Consoante dispõe o art. 3º da Lei 6.830/1980, a dívida ativa regularmente inscrita goza de presunção de certeza e liquidez, e, em se tratando de presunção relativa, pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado. 2. Não se desincumbindo, o embargante, do ônus que lhe é atribuído de desconstituir a presunção de veracidade da certidão da dívida ativa, deve ser mantida a sentença que rejeitou os embargos à execução. Penalidade arbitrada segundo os parâmetros legais. Ausência de desproporcionalidade. (TJMG, Apelação Cível 1.0000.21.239055-3, Rel. Áurea Brasil, Dje: 07/10/2022) (**Grifo nosso**)

Caso semelhante ocorre nos Estados de Santa Catarina e Paraná, não havendo legislações Estaduais específicas que suplementem a Federal. No Estado de Santa Catarina, algumas portarias foram editadas a fim de regulamentar a questão, porém foram posteriormente revogadas. O Estado do Paraná também não possui regulamentação sobre a temática, entretanto o caso foi discutido através de Parecer da Procuradoria Geral do Estado n.º 740/2019, com o intuito de uniformização da matéria.

O Estado de São Paulo, diferentemente de Minas Gerais (até maio de 2024), Santa Catarina e Paraná, possui legislação específica sobre a matéria através do Decreto n.º 64.456, de 10 de setembro de 2019, tratando sobre a prescrição quinquenal e prescrição intercorrente trienal, bem como o início da contagem do prazo nos processos administrativos ambientais, sanando, desta forma, quaisquer dúvidas ou divergências. E, como a questão foi devidamente articulada através de normativa Estadual específica, não se utilizam os prazos do Decreto n.º 20.910/1932. É o que dispõe, *in verbis*:

> Artigo 40 - Prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão da Administração de promover ação objetivando apurar a prática de infrações contra o meio ambiente, contados da data da prática do ato, ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que esta tiver cessado.
> § 1º - Considera-se iniciada a ação de apuração de infração ambiental pela Administração com a lavratura do Auto de Infração Ambiental.
> § 2º - Incide a prescrição no procedimento de apuração do Auto de Infração Ambiental paralisado por mais de 3 (três) anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento do autuado, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação.

[Sumário]

§ 3º - Quando o fato objeto da infração também constituir crime, a prescrição de que trata o "caput" reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.
§ 4º - A prescrição da pretensão punitiva da Administração não elide a obrigação de reparar o dano ambiental.
Artigo 41 - Prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão da Administração de promover a execução da multa por infração ambiental.
Parágrafo único - A contagem do prazo prescricional previsto no "caput" deste artigo inicia-se:
1. no dia seguinte ao descumprimento dos prazos fixados para parcelamento no Atendimento Ambiental;
2. no dia seguinte ao do decurso dos prazos previstos nos artigos 15 e 20 quando não houver oferecimento de defesa ou interposição de recurso;
3. na data do recebimento da intimação da decisão final sobre o recurso interposto (SÃO PAULO, 2019).

O mesmo caso pode ser vislumbrado no Estado do Rio de Janeiro através da Lei n.º 5.427, de 01 de abril de 2009, que dispõe sobre o prazo prescricional quinquenal e prescrição intercorrente trienal no âmbito administrativo Estadual ambiental em razão de morosidade ou inércia do órgão, no qual o processo fica paralisado sem culpa do suposto infrator. Assim como no Estado de São Paulo, havendo legislação específica, o Estado do Rio de Janeiro não se utiliza das legislações Federais que tratam sobre a temática e, assim, há possibilidade da declaração do prazo trienal da prescrição intercorrente em razão da suplementação de normativas Federais. É o que segue:

Art. 74. Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Estadual, direta e indireta, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.
§1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.
§2º Interrompe-se a prescrição:
I. pela notificação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;
II. por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;
III. pela decisão condenatória recorrível.
§3º Suspende-se a prescrição durante a vigência de termo de ajustamento de conduta ou outro instrumento congênere.
§4º A prescrição da ação punitiva não afeta a pretensão da administração de obter a reparação dos danos causados pelo infrator (RIO DE JANEIRO, 2009).

Por sua vez, o Estado de Goiás também regulamentou a matéria através da Lei n.º 18.102, de 18 de julho de 2013, trazendo uniformidade e segurança jurídica nos processos administrativos ambientais, autorizando o prazo quinquenal para prescrição e trienal para prescrição intercorrente. É o que dispõe:

Art. 26. Prescreve em 5 (cinco) anos a ação da Administração objetivando apurar a prática de infrações contra o meio ambiente, contados da data da prática do ato, ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que esta tiver cessado.
§ 1º Considera-se iniciada a ação de apuração de infração ambiental pela Administração com a lavratura do auto de infração.

[Sumário]

§ 2º Incide a prescrição no procedimento de apuração de auto de infração paralisado por mais de 3 (três) anos, pendente de julgamento ou despacho, cujo processo será arquivado de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação.
§ 3º Quando a infração constituir também crime, a prescrição de que trata o caput deste artigo reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.
§ 4º A prescrição da pretensão punitiva da administração não elide a obrigação de reparar o dano ambiental, devendo o órgão ambiental emitir laudo de constatação e notificar o infrator para a adoção das medidas necessárias à recuperação do dano identificado - Redação pela Lei nº 20.961, de 13-01-2021 (GOIÁS, 2013).

Assim, o que se pode inferir sobre o levantamento de legislações Estaduais sobre a temática em paralelo as jurisprudências é que, havendo normativa específica sobre a questão, deve-se utilizar a Lei Estadual que disciplina sobre a prescrição intercorrente no prazo trienal. No entanto, inexistindo normativa específica Estadual sobre a temática, deve-se utilizar o Decreto n.º 20.910/1932, tendo em vista que a Lei n.º 9.873/1999 trata somente de processos administrativos federais, não se aplicando, portanto, a prescrição intercorrente trienal. É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMPEZA URBANA. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. MULTA ADMINISTRATIVA. ANULAÇÃO. SEGURANÇA DENEGADA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 489 E 1.022, AMBOS DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 7 DO STJ. I - Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado por ECOURBIS Ambiental S.A. contra o Chefe de Gabinete da Autoridade Municipal de Limpeza Urbana - AMLURB, objetivando a anulação de multas administrativas, por supostas falhas nos serviços prestados, tendo em vista a ocorrência da prescrição trienal intercorrente. Na sentença, denegou-se a segurança. No Tribunal a quo, a sentença foi mantida. Esta Corte conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial. II - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não há violação dos arts. 489 e 1.022, ambos do CPC/2015, quando o Tribunal a quo se manifesta clara e fundamentadamente acerca dos pontos indispensáveis para o desate da controvérsia, apreciando-a fundamentadamente e apontando as razões de seu convencimento, ainda que de forma contrária aos interesses da parte, como verificado na hipótese. III - Descaracterizada a alegada omissão, tem-se de rigor o afastamento da violação dos mencionados artigos processuais, conforme pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: (AgInt no REsp 1.643.573/RS, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 8/11/2018, DJe 16/11/2018 e AgInt no REsp 1.719.870/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/9/2018, DJe 26/9/2018.) **IV - A respeito da alegação de violação do art. 1°, §1°, da Lei n. 9.873/1999 e do art. 1° do Decreto n. 20.910/1932, o Tribunal a quo, na fundamentação do aresto recorrido, assim firmou seu entendimento:" (...) não há se falar em demora injustificada no processamento e julgamento do processo administrativo. Além disso, tampouco se passaram mais do que 05 anos entre o término do processo administração em questão e o ofício para o pagamento das multas dele resultantes (fls. 299/300). [...]. Assim, de fato, não há que se falar em prescrição intercorrente, de modo que a r. sentença deve ser mantida. [...]."** V - Consoante se verifica dos excertos reproduzidos do acórdão vergastado, a Corte estadual, com base nos elementos fáticos dos autos, dentre eles e principalmente o Processo Administrativo n. 2011-0.310.034-0, concluiu que, não obstante, entre a instauração do procedimento administrativo sancionatório e a aplicação das multas, tenha transcorrido mais de 5 anos, não houve inércia na movimentação do processo, pelo que de não ocorrência da prescrição da pretensão

[Sumário]

> punitiva. VI - Para se deduzir de forma diversa do decisum recorrido, entendendo pela prescrição das sanções administrativas aplicadas à recorrente, na forma pretendida no apelo nobre, demandaria o reexame do mesmo acervo fático-probatório já analisado, providência impossível pela via estreita do recurso especial, ante o óbice do enunciado da Súmula n. 7/STJ. Nesse sentido, os seguintes julgados: (REsp 1.809.609/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/8/2019, DJe 5/9/2019 e REsp 1.773.601/ES, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 8/11/2018, DJe 19/11/2018.) **VII - Em relação à aplicação à lide da prescrição trienal intercorrente, prevista no art. 1°, §1°, da Lei n. 9.873/1999, é forçoso esclarecer que este dispositivo somente é aplicável nas ações punitivas na esfera da Administração Pública Federal, não podendo ser invocada para reconhecer a prescrição intercorrente no campo dos órgãos estaduais e municipais. Assim, inexistindo regra específica para regular o prazo prescricional no âmbito da administração estadual e municipal, adota-se o prazo previsto no Decreto n. 20.910/1932.** Confiram-se os julgados a seguir: (AgInt no AREsp 1.749.181/DF, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/5/2021, DJe 1º/7/2021 e AgInt no REsp 1.838.846/PR, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 30/3/2020, DJe 1º/4/2020.) VIII - Agravo interno improvido. (STJ, AgInt no AREsp 1951283/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, DJe 12/05/2022) (**Grifo nosso**)

O Superior Tribunal de Justiça ainda dispôs o seu entendimento na Súmula 467, relatando que, “prescreve em cinco anos, contados do término do processo administrativo, a pretensão da Administração Pública de promover a execução da multa por infração ambiental”. Assim, estipulou o prazo de contagem para a execução de multa proveniente de infrações ambientais, retirando quaisquer dúvidas ou argumentos contrários sobre início da postulação ativa do Estado para executar multa administrativa ambiental.

Assim, de forma conclusiva, percebe-se através de pesquisas realizadas em legislações estaduais e entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça que, havendo normativa Estadual sobre a matéria, esta deverá ser utilizada a fim de disponibilizar a prescrição intercorrente trienal suplementando a Lei n.º 9.873/1999, que trata de processos administrativos federais. Entretanto, na ausência de normativas específicas estaduais, deve-se utilizar o prazo quinquenal descrito no Decreto n.º 20.910/1932, não logrando a disposição de prazo para prescrição intercorrente.

[Sumário]

Prescrição Intercorrente Trienal: Não Aplicação do Prazo Estabelecido Na Lei N.º 9.873/1999 e Decreto N.º 6.514/2008. Ausência de Legislação Específica Estadual de Minas Gerais até maio de 2024. Não Utilização de Normativas Federais

Como foi anteriormente anteposto nas observações sobre a prescrição intercorrente realizada em correlação com as legislações Estaduais que especificam a questão e o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça, o prazo trienal somente é utilizado quando houver normativa Estadual específica sobre processos administrativos e, quando for inexistente sua disposição, utiliza-se o Decreto n.º 20.910/1932, que não estabelece possibilidade para prescrição intercorrente.

Ponto em destaque é a não utilização da Lei n.º 9.873/1999 e Decreto n.º 6.514/2008 que estabelecem a prescrição intercorrente em prazo de 03 (três) anos. Segundo o artigo 1º, § 1º da Lei n.º 9.873/1999, "incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso" (BRASIL, 1999). O Decreto n.º 6.514/2008, em seu artigo 21, § 2º, também dispõe no mesmo sentido citado que, "incide a prescrição no procedimento de apuração do auto de infração paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação" (BRASIL, 2008).

Desta forma, as duas normativas estabelecem de maneira clara a possibilidade de prescrição intercorrente trienal, porém, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, as legislações descritas somente disporão de procedimentos administrativos em âmbito Federal, não incluindo os outros entes federados. Nada dispondo em legislações Estaduais e/ou Municipais específicas, deve-se utilizar o Decreto n.º 20.910/1932. Tal fato descreve o afastamento da Lei n.º 9.873/1999 e Decreto n.º 6.514/2008 em razão do princípio federativo, inaplicável o entendimento destas normativas nos outros entes da Federação (Estados e/ou Municípios). É o que dispõe:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA DECLARATÓRIA E MANDAMENTAL - AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - **NÃO OCORRÊNCIA - INAPLICABILIDADE DA LEI FEDERAL Nº 9873/99 E DECRETO Nº 6514/2008 ÀS AÇÕES ADMINISTRATIVAS DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS** – PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DOS STJ - RESP Nº 1112577/SP JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS – SENTENÇA MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJPR - 4ª C.Cível - AC - 1503201-0 - Pato Branco - Rel.: Desembargadora Regina Afonso Portes - Unânime - J. 01.11.2016). (**Grifo nosso**)

[Sumário]

Desta forma, uníssona a não aplicabilidade do artigo 1º, § 1º da Lei Federal n.º 9.873/1999, em âmbito Estadual e/ou Municipal sobre o prazo prescricional de 03 (três) anos em matéria intercorrente. O mesmo entendimento se estende ao artigo 21, § 1º do Decreto n.º 6.514/2008, em razão da pretensão punitiva em matéria Federal, não ampliando os Estados e/ou Municípios como legitimadas a possibilitar o uso da prescrição intercorrente trienal e ausência de normativa Estadual que discipline a matéria.

No mais, segundo o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro – LINDB, "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito" (BRASIL, 1942). Assim segue o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, pois, não havendo normativa Estadual que discipline a matéria, usa-se a analogia correlativa dos dispositivos inseridos através do Decreto n.º 20.910/1932, no qual permite a prescrição quinquenal em âmbitos Estaduais e/ou Municipais quanto aos processos administrativos ambientais.

No que fora disposto, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento que, por ausência de previsão legal, deve-se utilizar o Decreto n.º 20.910/1932, no qual, segundo o artigo 4°, "não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, ao reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la" (BRASIL, 1932). É a posição consolidada do Tribunal:

> **ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MULTA ADMINISTRATIVA. PROCON. LEI 9.873/1999. INAPLICABILIDADE ÀS AÇÕES ADMINISTRATIVAS PUNITIVAS DESENVOLVIDAS POR ESTADOS E MUNICÍPIOS. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO DECRETO 20.910/1932. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL**. 1. O Superior Tribunal de Justiça entende que em casos de ação anulatória de ato administrativo ajuizada em desfavor da Coordenadoria Estadual de Proteção de Defesa do Consumidor, em decorrência do exercício do poder de polícia do Procon, é inaplicável a Lei 9.873/1999, sujeitando-se a ação ao prazo prescricional quinquenal previsto no art. 1º do Decreto 20.910/1932. 2. É inconteste a aplicação analógica desse dispositivo para a execução de multas administrativas no prazo de cinco anos, contados do término do processo administrativo, conforme teor da Súmula 467 do STJ. 3. Contudo, no caso dos autos, não houve transcurso do prazo prescricional, porquanto encerrado o processo administrativo em 2010, sendo esse o termo inicial para a cobrança da multa, o que afasta a prescrição quinquenal. 4. **O art. 1º do Decreto 20.910/1932 apenas regula a prescrição quinquenal, não havendo previsão acerca de prescrição intercorrente, apenas prevista na Lei 9.873/1999, que, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não se aplica às ações administrativas punitivas desenvolvidas por Estados e Municípios, em razão da limitação do âmbito espacial da lei ao plano federal.** 5. Dessa forma, ante a ausência de previsão legal específica para o reconhecimento da prescrição administrativa intercorrente na legislação do Estado do Paraná, ante a inaplicabilidade dos arts 1º do Decreto 20.910/1932 para este fim, bem como das disposições da Lei 9.873/1999, deve ser afastada a prescrição da multa administrava no caso, já que, em tais situações, o STJ entende caber "a máxima" inclusio unius alterius exclusio, isto é, o que a lei não incluiu é porque desejou excluir, não devendo o intérprete incluí-la" (REsp685.983/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 20/6/2005, p. 228). 6. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1.566.304/PR, Rel. Ministro

[Sumário]

HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 31/05/2016) (**Grifo nosso**)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MULTA ADMINISTRATIVA. PROCON. LEI 9.873/1999. **INAPLICABILIDADE ÀS AÇÕES ADMINISTRATIVAS PUNITIVAS DESENVOLVIDAS POR ESTADOS E MUNICÍPIOS. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO DECRETO 20.910/1932. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL**. 1. O Superior Tribunal de Justiça entende que em casos de ação anulatória de ato administrativo ajuizada em desfavor da Coordenadoria Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor, em decorrência do exercício do poder de polícia do Procon, é inaplicável a Lei 9.873/1999, sujeitando-se a ação ao prazo prescricional quinquenal previsto no art. 1º do Decreto 20.910/1932. 2. É indubitável a aplicação analógica desse dispositivo para a execução de multas administrativas no prazo de cinco anos, contados do término do processo administrativo, conforme teor da Súmula 467 do STJ. 3. Contudo, no caso dos autos, não houve transcurso do prazo prescricional, porquanto encerrado o processo administrativo em 2012, sendo esse o termo inicial para a cobrança da multa, o que afasta a prescrição quinquenal. 4. **O art. 1º do Decreto 20.910/1932 regula somente a prescrição quinquenal, não havendo previsão acerca de prescrição intercorrente, prevista apenas na Lei 9.873/1999, que, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não se aplica às ações administrativas punitivas desenvolvidas por Estados e Municípios, em razão da limitação do âmbito espacial da lei ao plano federal**. 5. Dessa forma, ante a ausência de previsão legal específica para o reconhecimento da prescrição administrativa intercorrente na legislação do Estado do Paraná, ante a inaplicabilidade do art. 1º do Decreto 20.910/1932 para este fim, bem como das disposições da Lei 9.873/1999, deve ser afastada a prescrição da multa administrava no caso, já que, em tais situações, o STJ entende caber "a máxima inclusio unius alterius exclusio, isto é, o que a lei não incluiu é porque desejou excluir, não devendo o intérprete incluí-la" (REsp 685.983/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 20/6/2005, p. 228) 6. Recurso Especial provido. (REsp 1662786/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 16/06/2017) (**Grifo nosso**)

Desta forma, segundo o Superior Tribunal de Justiça, o prazo intercorrente trienal é inaplicável no bojo do processo administrativo ambiental Estadual e/ou Municipal e, para que haja aplicabilidade é necessária a existência de legislação do Estado que discipline a matéria. Estabelecidas, portanto, todas as premissas sobre a prescrição intercorrente trienal e sua não aplicabilidade em razão de inexistência normativa Estadual. Entretanto, o próximo tópico do presente estudo, resta a analisar a aplicabilidade da prescrição quinquenal investidas através do Projeto de Lei n.º 95/2023, aprovado em 15 de maio de 2024.

[Sumário]

Do Projeto de Lei do Estado de Minas Gerais N.º 95/2023. Prescrição Intercorrente Quinquenal. Lei Estadual Regulamentadora do Instituto

O Projeto de Lei n.º 95, proposto por Grego da Fundação (Partido de Mobilização Nacional - PMN), recebido em plenário e publicado no Diário Legislativo em 04 de março de 2023, possui a finalidade de acrescentar redação a Lei Estadual n.º 21.735, de 3 de agosto de 2015, que "dispõe sobre a constituição de crédito estadual não tributário, fixa critérios para sua atualização, regula seu parcelamento, institui remissão e anistia". Segundo a Lei Estadual citada, no seu parágrafo único do artigo 1º, são considerados créditos não tributários os que "não sejam provenientes de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, passíveis de compor a Dívida Ativa não Tributária da Fazenda Pública" (MINAS GERAIS, 2015).

Seguidamente, a proposição estabelece que, a partir do início do processo administrativo, ou seja, com a notificação válida do notificado (no caso ambiental o suposto cientificado do auto de infração), a prescrição intercorrente deverá ser reconhecida, de ofício ou a requerimento de qualquer interessado, desde que se mantenham paralisados os autos por mais de 05 (cinco) anos, reconhecendo-se, portanto, a prescrição quinquenal.

O Projeto de Lei em comento, encontra-se de acordo com o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, anteriormente citado, no qual "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". O Estado de Minas Gerais, como outros Estados retro citados, vieram a resguardar àquele que se encontra pendente de processo administrativo sem qualquer decisão definitiva válida. Desta forma, o intuito do Projeto de Lei é não permitir que o Estado se beneficie do seu poder de polícia através de procedimentos *ad aeternum*.

A ausência de um prazo explícito para tramitação de processos administrativos Estaduais, permite, além do aumento do passivo de processos administrativos, no qual onera de sobremaneira o Estado, um desequilíbrio claro na relação processual, no qual o suposto infrator aguarda durante anos a finalização administrativo do processo. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais aplicou anteriormente o instituto da prescrição intercorrente com base nos termos do Decreto Federal n.º 20.910/1932, em razão da inexistência de previsão legal no Estado de Minas Gerais.

> "EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA – SANÇÃO ADMINISTRATIVA – INFRAÇÃO AMBIENTAL – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – PROCESSO ADMINISTRATIVO – PARALISAÇÃO – PRAZO – DECRETO Nº 20.910/32. 1 – Na ausência de regulamentação específica, no âmbito do Estado de Minas Gerais acerca da prescrição intercorrente da pretensão punitiva do ente público, decorrente de infração ambiental, aplica-se por analogia, o prazo de cinco anos previsto no Decreto nº 20.910/32, incidente às pretensões em face da Fazenda Pública; 2 – Há prescrição intercorrente da pretensão punitiva quando o procedimento de apuração do auto de infração ambiental fica paralisado, injustificadamente, por período superior a cinco anos. Apelação Cível Nº 1.0000.18.057043-4/004 – COMARCA DE Belo Horizonte – Apelante(s): NOG PARTICIPACOES S/A NOGPAR – Apelado(a)(s): INSTITUTO ESTADUAL DE FLORESTAS IEF".

[Sumário]

Importante ressaltar que a questão foi anteriormente levantada no Estado de Minas Gerais através do Projeto de Lei n.º 5.236, de autoria do deputado Inácio Franco, com a mesma finalidade de alterar a Lei n.º 21.735/2015, com redação similar ao Projeto de Lei n.º 95/2023. Entretanto, Projeto de Lei n.º 5.236 foi vetado por parte do governador através do Veto n.º 8/2019, sob argumento principalmente econômico, no qual implicaria o perecimento de significativo montante de recursos públicos relacionados à constituição do crédito tributário não estadual. Posteriormente, o Projeto de Lei n.º 1.248/2019, com o mesmo conteúdo, foi devidamente apresentado mas finalizado com o seu arquivamento.

Assim, após os trâmites legislativos, as opiniões sobre os prazos prescricionais no âmbito das atividades fiscalizatórias e punitivas do órgão ambiental, descreve-se que o prazo quinquenal instituído pelo artigo 1º do Decreto n.º 20.910/1932, está em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. No mais, a contagem se dá após o "término do respectivo processo administrativo com o recebimento da notificação para o pagamento da multa" (BRASIL, 1932).

Além disso, considera-se acertada a indicação do Projeto de Lei n.º 95/2023, no qual prescreve em 05 (cinco) anos processos paralisados, sem qualquer movimentação, pendente de análise de recurso. Por fim, entende-se que não seria cabível o entendimento do artigo 205 do Código Civil, que aplica o prazo de 10 (dez) anos para prescrição intercorrente sob a justificativa que tal disciplina não pode ser invocado para reger a prescrição de crédito de natureza pública (BRASIL, 2002).

Sobre a Lei Estadual n.º 7.058/2002, que disciplina sobre os processos administrativos ambientais, dispõe que não estabeleceu sobre a prescrição intercorrente e, desta forma, deve-se usar o Decreto n.º 20.910/1932, findando no prazo prescricional quinquenal. Assim, conclui que:

> A fim de evitar que os processos sancionatórios se prologuem indefinidamente, em prejuízo da segurança e da estabilidade das relações jurídicas, deve-se reconhecer a prescrição intercorrente se o processo ficou paralisado, sem qualquer movimentação, por período igual ou superior a cinco anos (BRASIL, 1932).

Entretanto, cabe novamente enfatizar que, segundo o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça, no silêncio de Lei Estadual e/ou Municipal sobre procedimentos administrativos, usa-se o Decreto n.º 20.910/1932, porém, este inadmite o uso de prescrição intercorrente descrita em caso de inércia e/ou morosidade da administração pública. Desta forma, o Projeto de Lei n.º 95/2023, aprovado em 15 de maio de 2025, que acrescenta o artigo 2º-A a Lei n.º 21.735, de 3 de agosto de 2015, segue com a seguinte redação:

> Art. 2º-A – Após a notificação do interessado acerca da lavratura de auto de fiscalização ou de infração ou de outro documento que importe o valor do crédito não tributário, deverá ser reconhecida a prescrição intercorrente, de ofício ou a requerimento, desde que o processo administrativo se mantenha paralisado ou pendente de julgamento por **mais de cinco anos seguidos por exclusiva inércia da administração pública.**
> Parágrafo único – Reconhecida a prescrição intercorrente de que trata o caput, a administração pública deverá proceder ao arquivamento dos autos. (**Grifo nosso**)

[Sumário]

Desta forma, após análise de todo o histórico, algumas considerações devem ser explanadas. Primeiramente, quanto a prescrição trienal intercorrente, não antevendo legislação Estadual específica que abarque a questão, ela não deve ser utilizada sob os suplícios do Decreto n.º 20.910/1932. No mais, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento da inaplicabilidade da Lei n.º 9.873/1999 e Decreto n.º 6.514/2008, nos processos administrativos em âmbito Estadual e/ou Municipal, no qual são as normativas que preveem o prazo prescricional trienal intercorrente.

Entretanto, com a publicação do Projeto de Lei n.º 95/2023, aprovado em 15 de maio de 2025, que acrescenta o artigo 2º-A a Lei n.º 21.735/2015, traz o entendimento da existência de prescrição intercorrente quinquenal, sob auspicio da aplicação de prescrição intercorrente nos processos morosos por parte da administração pública.

No mais, encontra-se pacificado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto a utilização do prazo quinquenal a fim de estabelecer a prescrição, conforme dispõe o Decreto n.º 20.910/1932. Assim, mesmo que o Decreto n.º 20.910/1932 não admita prazo para a prescrição intercorrente, a prescrição para estabelecer o passivo de dívidas da União, Estados e Municípios prescrevem em 05 (cinco) anos, incluindo, nestes termos, as multas impostas através de infrações ambientais. Porém, quanto a prescrição intercorrente em razão de morosidade e/ou inércia da administração pública, o Decreto n.º 20.910/1932 não o acolhe, estabelecendo, portanto, o Estado de Minas Gerais, a prescrição intercorrente nos mesmos moldes de prescrição propriamente dita ou *stricto sensu.*

[Sumário]

Termo Inicial para Contagem do Prazo Prescricional: Não Aplicação Análoga ao Decreto N.º 20.910/1932. A Súmula 467 do Superior Tribunal de Justiça e as Causas de Interrupção da Prescrição

Outra observação a ser levantada é o termo inicial para começar a contagem do prazo prescricional. Conforme todo o disposto, a Lei n.º 9.873/1999 e Decreto n.º 6.514/2008, que tratam sobre os processos administrativos, não são utilizados em âmbito Estadual e/ou Municipal. Importante também, nestes termos, notar que a prescrição para apuração da infração administrativa não se confunde com a prescrição para promover a execução da multa infracional.

A tese estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça e que se enquadra no Decreto n.º 20.910/1932, dispõe sobre o prazo quinquenal contado a partir do encerramento do processo administrativo, tendo em vista que, somente após será constituída a dívida definitiva para o pagamento à União, Estados ou Municípios, conforme entendimento sumular 467, "prescreve em cinco anos, contados do término do processo administrativo, a pretensão da Administração Pública de promover a execução da multa por infração ambiental" (STJ, 2010).

Desta forma, conforme o entendimento disposto, o prazo prescricional quinquenal começa a correr somente após o término do processo administrativo, nisso se inclui a não possibilidade de outros meios recursais que garantam o contraditório e ampla defesa, concluindo o ato administrativo em definitividade. É somente após o esgotamento de todos as formas de defesa ao acusado que a dívida se constitui em mora. É o que dispõe o Tribunal:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MULTA AMBIENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. DÍVIDA NÃO TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. 1. Cuida-se de inconformismo contra acórdão do Tribunal de origem, que reconheceu a prescrição na aplicação da multa ambiental aos recorridos e julgou extinta a Execução Fiscal, nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil de 1973. 2. **O STJ fixou entendimento de que o termo inicial do lapso prescricional para execução de multa ambiental se dá após o término do processo administrativo** (AgRg no AgRg no AREsp 596.376/PB, Rel.Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 5/2/2016; REsp 1.669.907/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/6/2017; REsp1.193.998/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 1º/7/2015). 3. Recurso Especial provido. (REsp 1787749/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 30/05/2019). (**Grifo nosso**)

[Sumário]

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MULTA AMBIENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. DÍVIDA NÃO TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015 CONFIGURADA. 1. Cuida-se de inconformismo do Ibama contra acórdão do Tribunal de origem que reconheceu a prescrição na aplicação da multa ambiental ao recorrido e julgou extinta a Execução Fiscal, nos termos do art. 487, II, do Código de Processo Civil de 2015. 2. Consta dos recursos de Apelação e de Embargos de Declaração pedido para manifestação quanto ao argumento de que a prescrição se inicia com o fim do processo administrativo, o qual, diga-se, é acatado pelo STJ. Não obstante as provocações, não houve enfretamento direto do ponto pelo Tribunal de origem. 3. **O STJ fixou entendimento de que o termo inicial do lapso prescricional para execução de multa ambiental se dá após o término do processo administrativo** (AgRg no AgRg no AREsp 596.376/PB, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 5/2/2016; REsp 1.669.907/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/6/2017, DJe 30/6/2017; REsp 1.193.998/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 23/6/2015, DJe 1/7/2015).4. Cabe, portanto, ao Tribunal de origem manifestar-se sobre a argumentação de que o prazo prescricional se inicia após a conclusão do processo administrativo, e não na data do vencimento para pagamento da multa aplicada.5. Recurso Especial parcialmente provido para determinar que o Tribunal a quo efetue novo julgamento dos Embargos de Declaração, com exame explícito do ponto indicado (REsp 1757692/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 19/11/2018). (**Grifo nosso**)

No mais, que fique claro o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em utilizar o Decreto n.º 20.910/1932 e a Súmula 467 a fim de estabelecer o prazo inicial quinquenal da prescrição, nada dispondo sobre a prescrição intercorrente por um motivo básico: o Decreto n.º 20.910/1932 não o permite. Entretanto, o Decreto n.º 20.910/1932 era utilizado até que sobreviesse Lei Estadual específica que disponha sobre a matéria. Desta forma, caberia Lei Estadual específica do Estado de Minas Gerais estabelecer a prescrição intercorrente considerando que o Decreto n.º 20.910/1932 não admite sua possibilidade, e inferir sobre a contagem inicial do prazo prescricional. Desta forma, atualmente o entendimento para o Estado de Minas Gerais é a prescrição intercorrente quinquenal, contados a partir do último ato processual, concluindo-se numa morosidade e/ou inércia da administração pública. Importante ainda destacara que:

> Art. 2º – Para os processos administrativos paralisados ou pendentes de julgamento no início da vigência desta lei, será reconhecida a prescrição intercorrente, de ofício ou a requerimento, desde que o processo se mantenha paralisado ou pendente de julgamento por mais de cinco anos seguidos, por exclusiva inércia da administração pública, após a publicação desta lei (MINAS GERAIS, 2015)

Quanto à aplicação das causas de suspensão e interrupção da prescrição, novamente conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em utilizar o Decreto n.º 20.910/1932, o mesmo descreve que, “não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, ao reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la” (BRASIL, 1932).

[Sumário]

A nova redação do artigo 2º-A, da Lei n.º 21.735/2015, no entanto deixa claro que a contagem para utilização do prazo da prescrição intercorrente é do último ato processual da administração pública, no qual o processo ficou paralisado por mais de 05 (cinco) anos por morosidade e/ou inércia, sendo certo que, atos processuais para fins de conclusão do procedimento, interrompem o prazo prescricional intercorrente descrito.

[Sumário]

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. Prescrição de danos ambientais, 20 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/348751/prescricao-de-danos-ambientais>. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Aceso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Aceso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/c civil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Lei n.º 9.873, de 23 de novembro de 1999. Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9873.htm>. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.784%20%2C%20DE%2029%20DE%20JANEIRO%20DE%201999.&text=Regula%20o%20processo%20administrativo%20no%20%C3%A2mbito%20da%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%BAblica%20Federal>. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Decreto n.º 6.514, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm>. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Decreto n.º 20.910, de 6 de janeiro de 1932. Regula a prescrição quinquenal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d20910.htm>. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 28 ago. 2023.

[Sumário]

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Ed. Atlas: São Paulo, 2017, p. 983.

GOIÁS. Lei n.º 18.102, de 18 de julho de 2013. Dispõe sobre as infrações administrativas ao meio ambiente e respectivas sanções, institui o processo administrativo para sua apuração no âmbito estadual e dá outras providências. Disponível em: <https://legisla.casacivil.go.gov.br/pesquisa_legislacao/90204/lei-18102>. Acesso em: 28 ago. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: (atualizados de acordo com a Lei federal no 12.349/2010). 15ª. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 816.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

MINAS GERAIS. Lei nº 21.735, de 03/08/2015. Dispõe sobre a constituição de crédito estadual não tributário, fixa critérios para sua atualização, regula seu parcelamento, institui remissão e anistia e dá outras providências. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/LEI/21735/2015/?cons=1>. Acesso em: 15 mai. 2024

MINAS GERAIS. Projeto de Lei n.º 95/2023. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/atividade-parlamentar/projetos-de-lei/documento/?tipo=PL&num=95&ano=2023&expr=(PL.2023000951013[codi])[txmt]>. Acesso em: 15 mai. 2024.

RIO DE JANEIRO. Lei n.º 5427, de 01 de abril de 2009. Estabelece normas sobre atos e processos administrativos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/e9589b9aabd9cac8032564fe0065abb4/ef664a70abc57d3f8325758b006d6733?OpenDocument>. Acesso em: 28 ago. 2023.

SÃO PAULO. Decreto n.º 64.456, de 10 de setembro de 2019. Dispõe sobre o procedimento para apuração de infrações ambientais e imposição de sanções, no âmbito do Sistema Estadual de Administração da Qualidade Ambiental, Proteção, Controle e Desenvolvimento do Meio Ambiente e Uso Adequado dos Recursos Naturais - SEAQUA, e dá providências correlatas. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64456-10.09.2019.html#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20procedimento%20para,SEAQUA%2C%20e%20d%C3%A1%20provid%C3%AAncias%20correlatas>. Acesso em: 28 ago. 2023.

STJ. SÚMULA 633. Primeira Seção, julgado em 12/06/2019, DJe 17/06/2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/sumulas/sumula-n-633-do-stj/1289711245?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=lr_dsa_jurisprudencia&utm_term=&utm_content=jurisprudencia&campaign=true&gclid=EAIaIQobChMIoralysb_gAMVCEh_AB06igFeEAAYASAAEgKfofD_BwE>. Acesso em: 28 ago. 2023.

[Sumário]

STJ. SÚMULA 467. Data da Publicação - DJ-e 25-10-2010. Disponível em: <https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2386/Sumulas_e_enunciados>. Acesso em: 28 ago. 2023.

STJ. 2ª Turma. AgRg no AREsp 345831 PR, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 09/06/2016. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/JuriTeses/article/download/11338/11467>. Acesso em: 28 ago. 2023.

STJ. REsp 1115078/RS, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 06/04/2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1112577>. Acesso em: 28 ago. 2023.

STJ, AgInt no AREsp 1951283/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, DJe 12/05/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=segunda+coisa+julgada&operador=>. Acesso em: 28 ago. 2023.

STJ. AgRg no REsp 1.566.304/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 31/05/2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/862255338/inteiro-teor-862255347>. Acesso em: 28 ago. 2023.

STJ. REsp 1662786/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 16/06/2017. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1603712&tipo=0&nreg=201700521600&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170616&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 28 ago. 2023.

STJ. REsp 1787749/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 30/05/2019. Disponível em: <https://www.corat.sefaz.ms.gov.br/wp-content/uploads/2021/11/STJ-JURISPRUDENCIA-Improbidade-Administrativa.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2023.

STJ. REsp 1757692/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 19/11/2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201803151900&dt_publicacao=19/12/2019>. Acesso em: 28 ago. 2023.

TJMG, Agravo de Instrumento 1.0000.22.033949-3, Rel. Des.(a) Júlio Cezar Guttierrez, Dje: 17/10/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=julio+cezar+da+silva>. Acesso em: 28 ago. 2023.

TJMG, Apelação Cível 1.0000.21.239055-3, Rel. Áurea Brasil, Dje: 07/10/2022. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/jurisprudencia/consulta-de-jurisprudencia/enunciado-n-81.htm>. Acesso em: 28 ago. 2023.

TJPR - 4ª C.Cível - AC - 1503201-0 - Pato Branco - Rel.: Desembargadora Regina Afonso Portes - Unânime - J. 01.11.2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-pr/406614194>. Acesso em: 28 ago. 2023.

[Sumário]

Acórdão

DIVERGÊNCIA – AGRAVO INTERNO NO HC 1010181-34.2023.4.06.0000

Grégore Moreira de Moura
Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 6ª Região
Mestre em Ciências Penais e Doutor em Direito em Direito Constitucional pela UFMG
Professor de Direito Penal e Criminologia
Palestrante e autor de livros

[Sumário]

DIVERGÊNCIA – AGRAVO INTERNO NO HC 1010181-34.2023.4.06.0000

V O T O

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL GRÉGORE MOURA:

Como já relatado pelo Exmo. Desembargador Federal Edilson Vitorelli, trata-se de agravo interno (ID 301522656) interposto contra decisão monocrática do ilustre Relator.

Inicialmente, fora julgado por esta 1ª Turma Habeas Corpus interposto a fim de garantir o acesso aos arquivos digitais originais referentes ao afastamento do sigilo de dados telemáticos no processo n° 11288-66.2013.4.01.3801. A ordem fora concedida (ID 293850618), de modo que a Coordenadoria-Geral de Tecnologia da Informação da Polícia Federal liberou à defesa o acesso aos arquivos, porém, não foi possível garantir a correspondência deles com os originais repassados pela empresa BlackBerry, uma vez que não vieram acompanhados dos códigos hash na pasta liberada pela PF.

Ato contínuo, requereu a defesa que fosse emitido ofício à autoridade policial solicitando os códigos hash daqueles arquivos, pedido indeferido monocraticamente pelo Ilustre Desembargador Edilson Vitorelli, o qual considerou que a pretensão fora atendida com a integralidade dos dados repassada e que a forma de apresentação das provas extrapola o pedido da inicial (ID 300695656), decisão em face da qual foi interposto o presente agravo interno.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso (ID 302363135). Destacou o Parquet que a aplicação da técnica do algoritmo hash é extremamente importante na verificação da originalidade e confiabilidade da prova, e que ele “teria um valor diferente caso um único bit de informação fosse alterado. Comparando as hashes, é possível detectar se o conteúdo extraído do dispositivo foi modificado”.

A defesa ressaltou em sustentação oral que o acesso aos arquivos originários para conferência de autenticidade e integridade destes foi o objeto da impetração do HC, e que a técnica forense estabelece que são os códigos hash os quais permitem a comparação e consequente constatação de veracidade dos arquivos encaminhados pela fonte (BlackBerry) e pela Polícia Federal. O download dos arquivos liberados quando da concessão de ordem foi realizado, e então verificado que não estavam acompanhados dos códigos, impossibilitando a garantia de fidelidade destes com aqueles originais da empresa fabricante de telefones celulares. Por conseguinte, não foi atendida integralmente a ordem concedida por esta Turma. Por isso, requereu o provimento do agravo a fim de determinar à Autoridade Policial que encaminhe o arquivo contendo a relação dos códigos, ou se não os dispuser, que informe que não dispõe deles.

[Sumário]

O voto do Relator, Exmo. Des. Edilson Vitorelli, em síntese, salientou que o pedido formulado pela inicial foi atendido, de modo que a autoridade franqueou o acesso completo aos dados pretendidos, por meio da criação de uma conta no sistema da Polícia Federal. Por duas razões considerou que o recurso deveria ser extinto, primeiro, por conta do fato de que os referidos códigos tratariam de discussão acerca da autenticidade da prova, e não sobre o acesso à prova, de modo que haveria nova pretensão, não discutida na primeira instância e que implicaria análise per saltum. Segundo, a obrigatoriedade da disponibilização dos códigos hash é questão controvertida nos Tribunais, conforme precedentes do STJ e STF. Por fim, ponderou a respeito da prática processual empreendida com o propósito de gerar uma "presunção de desconfiança" contra os elementos incriminadores, os quais serão questionados até que haja uma inconsistência apta a descartar a prova. Desta feita, votou por negar provimento ao agravo interno, mantendo-se a decisão recorrida.

Com as vênias devidas, profiro voto em sentido diverso. Conforme os ensinamentos de Luigi Ferrajoli, o processo penal será o mais justo possível quando existe verificabilidade, isto é, quando se possa haver a verificação (ou refutação) da prova de acordo com a realidade fática, o mais próximo possível dela, uma vez que é impossível faticamente transportar todas as provas de um crime ao processo de forma eletrônica.

Inexiste sentido na liberação das provas à defesa se não é possível exercer a verificação da prova. Nesse sentido, e de modo mais específico no que tange ao caso em tela, a norma ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013, com o escopo de padronizar o tratamento das evidências digitais, indica fases, ou elementos da cadeia de custódia, iniciada pela fase de mídias, consistente na sua coleta, fazendo-se o isolamento, coleta de evidências, com garantia de integridade, identificação de equipamento, etiquetamento da evidência, dentre outras providências. Em seguida, passando-se aos dados, deverá realizar-se o exame (identificar, extrair, filtrar, documentar) as informações, a fim de se obter correlações, identificar pessoas, locais, reconstituir cenas, questões incidentais e documentais para chegar aos resultados e, assim, possibilitar a elaboração de laudos, anexação de evidências. Esta a questão central, no presente caso. Aquilo que finaliza o procedimento de custódia das evidências digitais é a constituição dos códigos hash, que garantem a autenticidade da prova.

Sabe-se, inclusive, que é possível realizar teste de autenticidade, com base em códigos hash, utilizando-se de computadores comuns, de modo que a cada byte modificado no documento, haverá a correspondente alteração no hash. Isso é o que gera a autenticidade da prova.

A norma (ISO 27037) possui o escopo de não gerar insegurança nas provas, em virtude da maleabilidade das provas obtidas em meio digital e da facilidade de se modificar qualquer tipo de documento.[1]

1 Como já afirmei: "Cadeia de custódia respeitada e íntegra é parte essencial do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, o que reforça sua observância, principalmente quando a prova é volátil e facilmente adulterada ou destruída (...)" (MOURA, Grégore Moreira de. Curso de Direito Penal Informático. 1ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 315).

[Sumário]

Nesse sentido, entendo que a defesa não requer nada além do que já fora concedido nos autos do habeas corpus anteriormente impetrado. Ao contrário, a questão controvertida diz respeito à imprestabilidade da prova cujo acesso foi fornecido à defesa, pois não há como a verificar sua autenticidade, ou seja, não se sabe se ela é real, verdadeira ou íntegra. Nessas circunstâncias, cabe ao Estado o ônus de provar a autenticidade da prova.

Em outros termos, remetendo à norma supracitada, é necessário obter, primeiramente, o que é chamado de "documentação", e, em segundo lugar, a descrição fidedigna da prova, com sua origem, localização, formato e conteúdo, até, por fim, a geração de mecanismo que permita a constatação da sua autenticidade. Tais são aspectos formais da prova, e não de seu conteúdo, não dizendo respeito ao mérito.

Por conseguinte, concedido o acesso à prova, mas ausentes os respectivos códigos hash, a defesa não possui meios de contestar sua autenticidade (mesmidade, em termo próprio do Direito Penal Informático). A prova digital trazida aos autos deve ser, seguramente, a mesma produzida, para que se preste a refletir nos autos a realidade fática.[2] Nesse sentido, não por outro motivo, o STJ tem reiteradamente não aceitado, principalmente quando contestado, os prints.

Em acréscimo, invocando a teoria do diálogo das fontes entre o Processo Civil e Processo Penal, ressalto o art. 442, §1º do Código de Processo Civil:

> § 1º As fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem, devendo, se impugnadas, ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, realizada perícia.
> (grifei)

Então, vê-se que, além da cadeia de custódia já trabalhada no âmbito da legislação processual penal, a partir dos arts. 158 e seguintes, existe previsão expressa no CPC a exigir a autenticação eletrônica dos meios de prova.

2 Nesse sentido: "A quebra da cadeia de custódia ofende os princípios e garantias fundamentais, além de romper com o princípio da confiança e a presunção de veracidade dos atos administrativos, isto é, se a prova está eivada de vício de confiança, sua verificabilidade no processo judicial é duvidosa (...)" (ibid, pp. 309-311).

[Sumário]

Ademais, apesar de se tratar de caso diverso deste, o STJ, no julgamento do HC 828054 decidiu recentemente:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE CELULAR. EXTRAÇÃO DE DADOS. CAPTURA DE TELAS. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. INADMISSIBILIDADE DA PROVA DIGITAL. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. O instituto da cadeia de custódia visa a garantir que o tratamento dos elementos probatórios, desde sua arrecadação até a análise pela autoridade judicial, seja idôneo e livre de qualquer interferência que possa macular a confiabilidade da prova.

2. Diante da volatilidade dos dados telemáticos e da maior suscetibilidade a alterações, imprescindível se faz a adoção de mecanismos que assegurem a preservação integral dos vestígios probatórios, de forma que seja possível a constatação de eventuais alterações, intencionais ou não, dos elementos inicialmente coletados, demonstrando-se a higidez do caminho percorrido pelo material.

3. A auditabilidade, a repetibilidade, a reprodutibilidade e a justificabilidade são quatro aspectos essenciais das evidências digitais, os quais buscam ser garantidos pela utilização de metodologias e procedimentos certificados, como, e.g., os recomendados pela ABNT.

4. A observação do princípio da mesmidade visa a assegurar a confiabilidade da prova, a fim de que seja possível se verificar a correspondência entre aquilo que foi colhido e o que resultou de todo o processo de extração da prova de seu substrato digital. Uma forma de se garantir a mesmidade dos elementos digitais é a utilização da técnica de algoritmo hashb, a qual deve vir acompanhada da utilização de um software confiável, auditável e amplamente certificado, que possibilite o acesso, a interpretação e a extração dos dados do arquivo digital.

5. De relevo trazer à baila o entendimento majoritário desta Quinta Turma no sentido de que "é ônus do Estado comprovar a integridade e confiabilidade das fontes de prova por ele apresentadas. É incabível, aqui, simplesmente presumir a veracidade das alegações estatais, quando descumpridos os procedimentos referentes à cadeia de custódia" (AgRg no RHC n. 143.169/RJ, relator Ministro Messod Azulay Neto, relator para acórdão Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 2/3/2023).

6. Neste caso, não houve a adoção de procedimentos que assegurassem a idoneidade e a integridade dos elementos obtidos pela extração dos dados do celular apreendido. Logo, evidentes o prejuízo causado pela quebra da cadeia de custódia e a imprestabilidade da prova digital.

[Sumário]

7. Agravo regimental provido a fim de conceder a ordem de ofício para que sejam declaradas inadmissíveis as provas decorrentes da extração de dados do celular do corréu, bem como as delas decorrentes, devendo o Juízo singular avaliar a existência de demais elementos probatórios que sustentem a manutenção da condenação.
(AgRg no HC n. 828.054/RN, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 23/4/2024, DJe de 29/4/2024. Grifei)

Enfim, o que vejo no presente caso é que há ilegalidade pela forma: não há como provar a veracidade do documento sem o código hash.

Feitas tais considerações e renovando vênias, divirjo do voto do eminente Desembargador Relator para dar provimento ao agravo interno e reformar a decisão monocrática proferida para determinar que a Polícia forneça os códigos hash ou ateste a sua inexistência.

Desembargador Federal GRÉGORE MOURA

EMENTA E PROCESSO PENAL. AGRAVO INTERNO EM HABEAS CORPUS. CUMPRIMENTO DA SEGURANÇA CONCEDIDA PARA GARANTIR O ACESSO A ARQUIVOS DIGITAIS DECORRENTES DE QUEBRA DO SIGILO DE DADOS TELEMÁTICOS. FORNECIMENTO DE CÓDIGOS HASH. NECESSIDADE. APLICAÇÃO DA NORMA ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013. CADEIA DE CUSTÓDIA. VERIFICABILIDADE DA PROVA. DIÁLOGO DAS FONTES. ART. 442, §1º, DO CPC. EXIGÊNCIA DE AUTENTICAÇÃO ELETRÔNICA.

1. Fora julgado por esta 1ª Turma habeas corpus interposto a fim de garantir o acesso aos arquivos digitais originais referentes ao afastamento do sigilo de dados telemáticos no processo de referência. Com a concessão da ordem, a Coordenadoria-Geral de Tecnologia da Informação da Polícia Federal liberou à defesa o acesso aos arquivos, porém, não foi possível garantir a correspondência deles com os originais repassados pela empresa BlackBerry, uma vez que não vieram acompanhados dos códigos hash na pasta liberada pela PF.

2. Conforme os ensinamentos de Luigi Ferrajoli, o processo penal será o mais justo possível quando existe verificabilidade, isto é, quando se possa haver a verificação (ou refutação) da prova de acordo com a realidade fática, o mais próximo possível dela, uma vez que é impossível faticamente transportar todas as provas de um crime ao processo de forma eletrônica. Inexiste sentido na liberação das provas à defesa se não é possível exercer a verificação da prova.

3. Incidência da norma ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013, com o escopo de padronizar o tratamento das evidências digitais. Fases da custódia. O procedimento de custódia das evidências digitais é finalizado com a constituição dos códigos hash, que garantem a autenticidade da prova. A norma (ISO 27037) possui o escopo de não gerar insegurança nas provas, em virtude da maleabilidade das provas obtidas em meio digital e da facilidade de se modificar qualquer tipo de documento. Precedente do STJ.

[Sumário]

4. A defesa não requer nada além do que já fora concedido nos autos do habeas corpus anteriormente impetrado. Ao contrário, a questão controvertida diz respeito à imprestabilidade da prova cujo acesso foi fornecido à defesa. Concedido o acesso à prova, mas ausentes os respectivos códigos hash, a defesa não possui meios de contestar sua autenticidade (mesmidade, em termo próprio do Direito Penal Informático). A prova digital trazida aos autos deve ser, seguramente, a mesma produzida, para que se preste a refletir nos autos a realidade fática. Tais são aspectos formais da prova, e não de seu conteúdo, não dizendo respeito ao mérito.

5. Diálogo das fontes. Previsão do art. 442, §1º, do Código de Processo Civil. Vê-se que, além da cadeia de custódia já trabalhada no âmbito da legislação processual penal, a partir dos arts. 158 e seguintes, existe previsão expressa no CPC a exigir a autenticação eletrônica dos meios de prova.

6. Agravo interno a que se conhece e dá provimento para reformar a decisão monocrática proferida e determinar que a Polícia forneça os códigos hash ou ateste a sua inexistência.

ACÓRDÃO

A Turma, por maioria, vencido o Relator, decide dar provimento ao agravo interno, modificando a decisão impugnada, para permitir à defesa o fornecimento dos códigos hash, ou que a Polícia Federal indique a não existência deles.

[Sumário]

Acórdão

Habeas Corpus Criminal 1060050-12.2023.4.06.3800

Pedro Felipe de Oliveira Santos
Doutorando em Direito pela Universidade de Oxford
Mestre em Direito pela Universidade de Harvard
Graduado em Direito pela Universidade de Brasília
Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 6ª Região

[Sumário]

Relatório

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PEDRO FELIPE SANTOS (RELATOR):

O presente *habeas corpus* busca a concessão de salvo-conduto para que o Paciente, Kim Marques, brasileiro, seja autorizado a importar 30 (trinta) sementes para cultivo de até 60 (sessenta) mudas anuais de *cannabis sativa*, bem como a transportar o produto em território nacional.

O impetrante sustenta que a autorização facilitaria a produção caseira de medicamento, consistente em óleo à base de *cannabis sativa*, do qual o paciente faz uso mediante prescrição médica regular.

Narra que, em 2007, o Paciente sofreu acidente físico que lhe causou severo trauma na clavícula direita. Apesar de ter realizado tratamento ortopédico, relata que, desde então, sofre de dores crônicas, as quais irradiaram para outras partes de seu corpo e pioraram progressivamente nos últimos anos, conforme o diagnóstico da patologia CID R52.2 (Id 283807664). Em 2010, Kim Marques foi diagnosticado com SAPHO, síndrome autoimune.

Para tratamento de suas dores contínuas, o Paciente iniciou uso de medicação alopática. No entanto, o seu uso contínuo resultou em impactos negativos para sua saúde, com o desenvolvimento de gastrite enantemática e dispepsia.

A fim de contornar os efeitos indesejados da medicação e de aumentar a efetividade do tratamento, o médico de Kim Marques, Dr. Arthur Macedo (CRM 167303/SP), prescreveu-lhe remédio à base de *Cannabis sativa*, em concentração de 2% (dois por cento) a cada frasco de 60 ml (sessenta mililitros), cuja dose dura por um mês (Id 283807658).

Para lograr importar a medicação prescrita, Kim Marques adquiriu, perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), autorização para obter o produto Tegra latam line (Id 283809142), conforme a RDC n. 335/2020. A dose do remédio importado custa, aproximadamente, R$ 1.108,00 (um mil e cento e oito reais) mensais.

No entanto, esclarece que o Paciente recebe, mensalmente, através de seu vínculo celetista, salário de valor bruto de R$ 7.127,00 (sete mil e cento e vinte e sete reais), o que, segundo alega a impetração, onera sobremaneira o seu orçamento.

Assim, por razões de saúde e de impacto financeiro em sua subsistência, o Paciente deseja obter salvo-conduto para a importação de *Cannabis sativa*. A ação foi distribuída ao Juízo da 1º Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Belo Horizonte, ora impetrado.

Todavia, o Juízo impetrado denegou a ordem pleiteada. Em síntese, sustentou que a matéria em questão seria de ordem cível, de modo que caberia ao paciente requerer à União o financiamento para importação do medicamento (Id 283747142, p.18).

[Sumário]

Contra essa decisão não foi interposto recurso. Ato contínuo, impetrou-se habeas corpus originário perante este Tribunal Regional, distribuído a este relator. Em uma análise inicial, posterguei a análise do pedido liminar e solicitei informações às autoridades coatoras (Id 283842140).

O Comandante Geral da Polícia Militar de Minas Gerais prestou informações (Id 284667157). Preliminarmente, alegou ilegitimidade passiva para figurar como autoridade coatora e inadequação da via eleita. No mérito, aduziu que o princípio da precaução é anterior ao da prevenção, de modo que a ampla dificuldade técnica na produção caseira do medicamento deve ser considerada para a denegação do salvo- conduto. Por fim, alegou que o paciente não comprovou quaisquer elementos para exclusão da ilicitude da conduta.

O Juízo Federal, nas informações prestadas, aduziu que há a inadequação do instrumento de habeas corpus (Id 284082769).

O Chefe da Polícia Civil de Minas Gerais, em sede de preliminares, mencionou o Incidente de Assunção de Competência (IAC) no REsp n. 2.024.250/PR, o qual determinou a suspensão da tramitação das ações que versem a possibilidade de autorização para importação e de cultivo de variedades de cannabis para fins medicinas, farmacêuticos ou industriais. Além disso, alegou sua ilegitimidade passiva. Também sustentou a inadequação da via eleita. Finalmente, dispôs que a Justiça Federal é incompetente para o julgamento da presente ação. Quanto ao mérito, apresentou *prints* dos perfis de redes sociais titularizados pelo paciente, para sustentar que possivelmente o uso de *cannabis* por ele desejado seria, em verdade, recreativo. Além disso, afirmou que a eficácia dos tratamentos com cannabis não se encontra comprovada, bem como que os dados das prescrições médicas apresentadas pelo paciente seriam insuficientes (Id 285244147).

Por fim, o Delegado Federal Chefe da Polícia Federal de Minas Gerais, em sua breve comunicação, reiterou as informações que já havia prestado no habeas corpus em 1º grau. Portanto, replicando seus argumentos anteriores, defendeu a inadequação da via eleita e a desnecessidade da via judicial antes de exaurido o meio administrativo, através de possível e hipotética aprovação da ANVISA para o plantio de *cannabis* (Id 284364155).

Em seu parecer, o Procurador Regional da República opinou pela adequação da via eleita e, no mérito, pela denegação da ordem (Id 285767624).

É o relatório.

Desembargador Federal PEDRO FELIPE SANTOS Relator

[Sumário]

Voto

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PEDRO FELIPE SANTOS (RELATOR):

I – Preliminares

I. 1 - Competência da Justiça Federal

O artigo 108 da Constituição Federal assevera que compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar, originalmente, os habeas corpus, quando a autoridade coatora for um Juiz Federal.

Igualmente, o artigo 109 da Constituição Federal define que compete aos juízes federais processar e julgar *"os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente"*.

Dessa forma, sendo o pedido principal de Kim Marques a obtenção de salvo-conduto para a importação de sementes de cannabis sativa, certo é que busca eximir-se da responsabilidade criminal que lhe seria imputada pela prática, em tese, de tráfico transnacional de drogas, nos exatos termos do artigo 33 c/c artigo 40, inciso I, da Lei n. 11343/2006.

Como compreende o Superior Tribunal de Justiça (STJ), é competente a Justiça Federal para processar e julgar crime de tráfico transnacional de drogas (CC 171.206/SP, Relator Ministro Joel Parcionik, Terceira Seção, DJe 16/06/2020), pelo que, por via reflexa, é igualmente competente para processar o habeas corpus que trata do mesmo delito.

Portanto, este Tribunal Regional Federal da 6ª Região é competente para apreciar o presente o *mandamus*, pelo que rejeito a preliminar de incompetência.

I. 2 - Inadequação da via eleita

O *habeas corpus* consiste em remédio constitucional que visa à proteção do indivíduo que já sofreu ou se encontra ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal).

[Sumário]

Nos ensinamentos de Calamandrei, todas as tutelas são vãs, se não puderem ser reivindicadas em Juízo (CALAMANDREI, Piero. *Processo e Giustizia*. In: Riv. Dir. Proc, 1950, I, p. 289). Nesse sentido, no escólio de Dran Michel, não há liberdade pública senão quando os particulares dispõem de vias de direito que lhes permitam, em caso de violação, impor sua observância; é preciso dar-lhes os meios de tornar judicialmente apreciáveis as transgressões, sob pena de assistirmos a liberdade se tornar uma simples teoria, uma possibilidade (DRAN, Michel. *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*. Paris: *Librairie Générale de droit et de jurisprudence*, 1968, traduzi).

A tutela preventiva surge, nessa seara, justamente como mecanismo destinado àqueles que urgem por atuação jurisdicional, para garantir a plena satisfação de seus direitos enquanto cidadãos. Consubstancia-se, nitidamente, de interesse de agir, preconizado no artigo 647 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que se concederá habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

José Afonso da Silva aduz que a liberdade consiste na *"possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal"*. No presente caso, essa premissa é traduzida pela busca do Paciente pela concretização do direito à saúde, sem a presença de imposições legais prejudiciais, como a prisão (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 232).

Ora, a Lei de Drogas tipifica a conduta daquele que importa e cultiva substâncias ilícitas sem autorização legal (artigo 33, II, Lei n. 11.343/2006). A *Cannabis sativa* consiste em espécie vegetal comumente utilizada como objeto de tráfico ilícito, do plantio ao varejo, conduta que se subsume ao tipo penal descrito na regulação. A propósito, a "Lista E" da Portaria n. 344, de 12/5/1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, elenca a *Cannabis* como planta que pode gerar substância entorpecente.

Assim, é justificado o receio de eventual prisão e cerceamento da liberdade de ir e vir por parte daqueles que buscam esta via para a concessão de salvo-conduto para a importação da semente de *Cannabis sativa*, ainda que para fins medicinais. Nesse sentido, Renato Brasileiro defende a interpretação do conceito de "coação" de forma abrangente, devendo ser assim considerada qualquer conduta positiva ou negativa capaz de acarretar constrangimento ilegal à liberdade de locomoção (LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Bahia: Juspodivm, 2012).

Portanto, o *habeas corpus* é o instrumento adequado para veicular a pretensão do Paciente, dado que Kim Marques o utilizou como meio de buscar proteção em Juízo frente a Lei, de modo a não ser enquadrado penalmente como usuário ou traficante de drogas.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em suas 5ª e 6ª Turmas, estabeleceu precedente pacífico no sentido de ser cabível a concessão de salvo-conduto para o plantio e o transporte de *Cannabis Sativa* para fins exclusivamente terapêuticos, com base em receituário e laudo subscrito por profissional médico especializado, e chancelado pela ANVISA.

[Sumário]

Cito entendimento mais recente da Corte, em julgamento realizado pela Terceira Seção, em 13.09.2023:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CULTIVO DOMÉSTICO DA PLANTA CANNABIS SATIVA PARA FINS MEDICINAIS. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. UNIFORMIZAÇÃO DO ENTENDIMENTO DAS TURMAS CRIMINAIS. RISCO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DIREITO A SAÚDE PÚBLICA E A MELHOR QUALIDADE DE VIDA. REGULAMENTAÇÃO. OMISSÃO DA ANVISA E DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. ATIPICIDADE PENAL DA CONDUTA.*
>
> *1. O conjunto probatório dos autos aponta que o uso medicinal do óleo extraído da planta Cannabis sativa encontra-se suficientemente demonstrado pela documentação médica, pois foram anexados Laudo Médico e receituários médicos, os quais indicam o uso do óleo medicinal (CBD Usa Hemp 6000mg full spectrum e Óleo CBD/THC 10%).*
>
> *2. O entendimento da Quinta Turma passou a corroborar o da Sexta Turma que, na sessão de julgamento do dia 14/6/2022, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, por unanimidade, negou provimento ao Recurso Especial n. 1.972.092-SP do Ministério Público, e manteve a decisão do Tribunal de origem, que havia concedido habeas corpus preventivo. Então, ambas as turmas passaram a entender que o plantio e a aquisição das sementes da Cannabis sativa, para fins medicinais, não se trata de conduta criminosa, independente da regulamentação da ANVISA.*
>
> *3. Após o precedente paradigma da Sexta Turma, formou-se a jurisprudência, segundo a qual, "uma vez que o uso pleiteado do óleo da Cannabis sativa, mediante fabrico artesanal, se dará para fins exclusivamente terapêuticos, com base em receituário e laudo subscrito por profissional médico especializado, chancelado pela ANVISA na oportunidade em que autorizou os pacientes a importarem o medicamento feito à base de canabidiol - a revelar que reconheceu a necessidade que têm no seu uso - , não há dúvidas de que deve ser obstada a iminente repressão criminal sobre a conduta praticada pelos pacientes/recorridos" (REsp n. 1.972.092/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 30/6/2022).*
>
> *4. Os fatos, ora apresentados pelos agravantes, não podem ser objeto da sanção penal, porque se tratam do exercício de um direito fundamental garantido na Constituição da República, e não há como, em matéria de saúde pública e melhor qualidade de vida, ignorar que "a função judicial acaba exercendo a competência institucional e a capacidade intelectual para fixar tais conceitos abstratos, atribuindo significado aos mesmos, concretizando-os, e até dando um alcance maior ao texto constitucional, bem como julgando os atos das outras funções do Poder Público que interpretam estes mesmos princípios" (DUTRA JÚNIOR, José Felicio. Constitucionalização de fatos sociais por meio da interpretação do Supremo Tribunal Federal: Análise de alguns julgados proativos da Suprema Corte Brasileira. Revista Cadernos de Direito, v. 1, n. 1, UDF: Brasília, 2019, pags. 205-206).*

[Sumário]

> *5. Agravo regimental provido, para conceder o habeas corpus, a fim de garantir aos pacientes o salvo-conduto, para obstar que qualquer órgão de persecução penal turbe ou embarace a aquisição de 10 (dez) sementes de Cannabis sp., bem como o cultivo de 7 (sete) plantas de Cannabis sp. e extração do óleo, por ser imprescindível para a sua qualidade de vida e saúde. Oficie-se à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e ao Ministério da Saúde. (AgRg no HC n. 783.717/PR, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Terceira Seção, julgado em 13/9/2023, DJe de 3/10/2023 - destaquei).*

Portanto, a via eleita é adequada para a concessão de salvo-conduto para a importação de *Cannabis sativa* para fins terapêuticos, pelo que rejeito a preliminar suscitada.

I.3 - Ilegitimidade das autoridades coatoras

A autoridade coatora é aquela que pratica o ato de constrangimento ilegal. Esse sujeito atua no polo passivo no habeas corpus.

No caso em tela, Kim Marques indicou, através de seus procurados, diversas autoridades coatoras, conforme relatório.

Contudo, em sua ação, o ato cuja impugnação insurge é a denegação do habeas corpus, praticado apenas pelo Juiz Federal. No rosto dos autos, o que se vê quanto às demais autoridades coatoras indicadas é apenas a prestação de informações, requisitadas pelo Juízo.

Dessa forma, acolho a preliminar de ilegitimidade ativa arguida pelo Comandante Geral da Polícia Militar de Minas Gerais e pelo Chefe da Polícia Civil de Minas Gerais. Apenas se configura como autoridade coatora o Juízo da 1ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Belo Horizonte.

Devem ser excluídos da ação, pois, o Comandante Geral da Polícia Militar de Minas Gerais, o Chefe da Polícia Civil de Minas Gerais e o Delegado Federal Chefe da Polícia Federal de Minas Gerais.

I.4 - IAC no REsp n. 2.024.250/PR

O Incidente de Assunção de Competência da Primeira Seção do STJ suspende o trâmite dos processos que tratam da importação da *Cannabis sativa* para fins medicinais.

Ocorre que essa suspensão não se estende na esfera penal, visto que a decisão insurge no âmbito cível e se refere à pretensão de utilização da substância para fins comerciais.

[Sumário]

Tal conclusão é impositiva a partir do simples fato de a Corte, após o início do julgamento do referido IAC, ter continuado a julgar os *mandamus* referentes ao salvo-conduto para plantio da Cannabis sativa para fins terapêuticos (REsp n. 2.059.289, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 04/07/2023; RHC n. 163.180, Ministro Joel Ilan Paciornik, DJe de 21/07/2023).

Portanto, a matéria discutida neste *habeas corpus* não deve ser objeto de suspensão processual, motivo pelo qual rejeito a preliminar suscitada.

I.5 - Exaurimento da via administrativa

O exaurimento da via administrativa não se faz necessário para a impetração do presente remédio constitucional.

Segundo o artigo 2º, parágrafo único, da Lei de Tóxicos, a União pode autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no *caput*, para fins exclusivamente medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização.

Inobstante, até o presente momento, não houve disciplina legislativa quanto à matéria.

O STJ, no julgamento do RHC n. 123.402/RS, entendeu que a ANVISA possui competência, mediante o caso concreto, para autorizar ou não o cultivo doméstico de plantas das quais se possam extrair as substâncias necessárias para a produção artesanal dos medicamentos.

Contudo, a autarquia se posicionou de forma contrária, negando sua competência para conceder tal autorização, por ausência de previsão legal. Além disso, afirmou que caberia ao Ministério da Saúde dispor sobre a matéria.

O Ministério da Saúde, a quem a ANVISA afirmou competir regular o cultivo doméstico de Cannabis, indicou que não pretende fazê-lo, conforme se extrai de Nota Técnica n. 1/2019-DATDOF/CGGM/GM/MS.

Destarte, verifica-se a omissão do aparato administrativo e legislativo acerca do tema. Não há, dessa forma, como se exigir o exaurimento das vias administrativas quando sequer se há atuação estatal, seja no sentido de normatizar, seja no sentido de reconhecer possibilitar, administrativamente, a autorização de importação das sementes de *Cannabis sativa*.

Nesse sentido, Marinoni ensina que o direito do acesso à jurisdição é um direito de utilização de uma prestação estatal imprescindível para a efetiva participação do cidadão na vida social. Por isso mesmo, não podem ser colocados obstáculos indiferentes à realidade daquele que tem seu direito lesado ou sob risco de ser lesado (MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 5ªed. São Paulo: RT, 2011, p. 316).

[Sumário]

No mais, infere-se do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, a prescindibilidade do esgotamento da via administrativa para a reivindicação do direito em juízo. No presente caso, a exigência de prévia jurisdição administrativa de cunho forçado seria não apenas uma violação aos postulados constitucionais do processo, por impossibilitar *ipso facto* a tutela do paciente para o fim colimado, conforme exposto acima, mas a própria negação do direito à saúde e do dever do Estado em provê-la, em frontal violação ao artigo 196 da Carta Magna.

Sob esse ponto de vista, destaco novamente o mais recente entendimento do STJ, no sentido de que "o plantio e a aquisição das sementes da Cannabis sativa, para fins medicinais, não configuram conduta criminosa, independente da regulamentação da ANVISA" (AgRg no HC n. 783.717/PR, Rel. Min. Jesuíno Rissato, Desembargador Convocado do TJDFT, Terceira Seção, julgado em 13/09/2023).

Pelos motivos expostos, rejeito a preliminar suscitada.

[Sumário]

II - Mérito

II.1 - Atipicidade subjetiva da conduta

Nas palavras de Bettiol, crime é qualquer fato do homem, lesivo de um interesse, que possa comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade. Em sua concepção analítica, é constituído por três elementos: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. (BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal, Parte Geral. v. I. Coimbra: Coimbra editora. 1978. p. 105 In Júlio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. Manual de Direito Penal, parte geral. 24ª ed. São Paulo: Atlas. 2007. p. 82).

Culpabilidade é a reprovação da ordem jurídica em face de estar ligado o homem a um fato típico e antijurídico. É usualmente compreendida como a censurabilidade do autor do injusto, ou seja, o juízo de reprovação sobre aquele que praticou fato típico e antijurídico e poderia e deveria ter agido de acordo com o Direito.

Antijuridicidade, conforme descrição exata de Rogério Greco, é *"a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico"* (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. Vol. 1. 16.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 315).

Para Welzel, o tipo penal é a descrição abstrata, estabelecida em norma penal incriminadora, de comportamentos do agente capazes de violar bem juridicamente protegido (ABREU, Iduna Weinert. A teoria da ação finalista de Hans Welzel. Revista de informação legislativa, v. 13, n. 51, p. 179-198, 2009).

O dolo, elemento subjetivo essencial para que reste configurada a tipicidade, é a vontade de uma ação orientada à realização de um delito. Assim, apenas pode ser fato típico aquele em que o autor, sabendo da ilicitude, realiza a conduta com o objetivo de atingir resultados contrários à lei, à exemplo da venda de drogas visando ao lucro (PACELLI, Eugênio. *Manual de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 272- 273).

A partir da revolução jurídica operada pelo finalismo, preconizado por Hans Weltzel, o conceito de conduta não pode ser desvinculado de sua finalidade. Qualquer pessoa, ao agir, tem uma finalidade. Ninguém age por agir. Por certo, a vontade humana, caracterizadora do dolo ou da culpa, é o primeiro passo do criminoso; assim, a sua finalidade está intrinsecamente vinculada à sua conduta (NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1º a 120. V.1. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646852, p. 259).

À vista disso, é certo que o tipo previsto pelo artigo 33, §1º, II, da Lei n. 11.343/2006, pressupõe o dolo (fim subjetivo) como força motriz do cultivo de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas. O complemento "preparação de drogas", é destinado ao entorpecimento recreativo, seja do usuário, seja de outrem.

[Sumário]

Aquele que busca o salvo-conduto para cultivar *Cannabis sativa*, exclusivamente para fins medicinais, está despido de qualquer aspecto subjetivo do dolo. Isso porque não almeja o entorpecimento recreativo, mas decerto o cuidado de sua saúde individual.

Conferir tratamento indistinto às finalidades do uso da substância configuraria, em flagrante retrocesso, a negação às bases finalistas do dolo, sobre a qual se erigiu o Direito Penal moderno. Se a finalidade que orienta o plantio é a extração da substância para a produção medicamentosa, é impossível reconhecer a tipicidade subjetiva de tal conduta.

Ora, debruçando-nos sobre a própria gênese da política criminal de drogas no ordenamento jurídico brasileiro, revela-se a imperatividade da análise finalística das condutas nucleares previstas no tipo penal.

Conforme estudo genealógico do delito, a criminalização do uso, porte e comércio das substâncias entorpecentes foi primeiramente positivada no Brasil quando da instituição das Ordenações Filipinas (Livro V, Título LXXXIX – *"1. Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender rosalgar branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimão, nem agua delle, nem escamonéa, nem opio, salvo se fôr Boticario examinado, e que tenha licença para ter botica, e usar do Officio [...]"*) (CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei nº 11.343/2006. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. E-book. ISBN 9788502638334, pp. 47-48).

Detida análise do antigo dispositivo nos permite encontrar uma exceção legal, a saber: *"2. E os Boticarios poderão metter em suas mezinhas os ditos materiaes, segundo pelos Medicos, Cirurgiões, e Escriptores for mandada [...]"*.

Ora, há quatro séculos neste país, a permissão controlada do uso de certas substâncias, a priori proibidas para o consumo geral, já era concedida mediante a autorização de profissionais da medicina.

Com muito mais razão, em um contexto contemporâneo, diante do progresso científico e da compreensão mais refinada das propriedades terapêuticas de certas substâncias, combinados à pormenorizada regulamentação da profissão médica, deve-se reconhecer a qualificação dos profissionais da saúde para prescrição que utilize a *Cannabis sativa*, fundamentada em objetivos terapêuticos legítimos.

Em reconhecimento aos estudos científicos nesse sentido, em janeiro de 2017, a ANVISA aprovou o registro do primeiro medicamento contendo especificamente THC e CBD, ambos obtidos da *Cannabis sativa*. Em maio de 2017, atualizou a lista das Denominações Comuns Brasileiras (DCB), com a inclusão da Cannabis sativa L., sob o número 11.543.31 (DIEHL, Alessandra; PILLON, Sandra C. *Maconha: prevenção, tratamento e políticas públicas*. Porto Alegre: Grupo A, 2021. E-book. ISBN 9786581335236, p. 6).

[Sumário]

Face a esses avanços, cabe ao profissional da medicina, por excelência, a melhor escolha de tratamento aos seus pacientes. Nesse sentido dispõe o Código de Ética da Medicina, em seu Capítulo II, ao reconhecer como direito do médico *"indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente"*.

Especificamente quanto à *Cannabis sativa*, a edição da Resolução 2.324/2022 do Conselho Federal de Medicina, ainda que atualmente suspensa, foi precursora em reconhecer a discricionariedade do médico em prescrever a substância para seus pacientes. Essa prescrição é exercida dentro dos parâmetros da bioética, fundada em três pilares: autonomia, beneficência e justiça.

Primeiro, a autonomia é o "poder que tem o usuário de decidir que profissional escolher para atendê-lo, que tratamento aceita ou admite, seja por razão de credo ou não" (MARCHI, Maria M., SZTAJN, Rachel. *Autonomia e heteronomia entre profissional de saúde e usuário dos serviços de saúde*. In: Revista Bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, v. 6, n. 1, 1998).

Segundo, a beneficência é o fato de que o profissional de saúde deve comprometer-se a avaliar os riscos e os benefícios potenciais, sejam individuais ou coletivos, de modo a perseguir o máximo de benefícios, reduzindo ao mínimo os possíveis danos e riscos (KIPPER, Délio José, CLOTET, Joaquim. Princípios da Beneficência e Não Maleficência. In: COSTA, Sérgio I. Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). Iniciação à Bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998).

Terceiro, a justiça é um princípio que implica a igualdade de direitos aos serviços de saúde. Significa dizer que os pacientes devem ter acesso ao tratamento adequado que lhe foi prescrito (MORAES, José Luís Bolzan de. *El derecho a la salud: situación en Brasil*, s/p. Cuadernos de Bioética).

Essa perspectiva nos permite argumentar que, mesmo quando admitida hipoteticamente a tipicidade da conduta, a utilização da substância para fins terapêuticos não se revelaria ilícita, por ser consentânea à ordem jurídica.

O Código Penal, em seu artigo 23, apresenta como causa de excludente de ilicitude o exercício regular de direito, descrito por Nucci descreve como o desempenho de uma atividade ou prática de uma conduta autorizada por lei, que torna lícito um fato típico (NUCCI, op. cit., p. 440).

Dessa forma, a importação de *Cannabis sativa* pelo Paciente, com o fito de assegurar tratamento prescrito por médico em exercício regular da profissão, é puramente lícita. Assim, também pelo viés da ausência de ilicitude da conduta, não há crime na prática de importação de sementes de *cannabis sativa* para produção caseira medicamentosa.

[Sumário]

II.2 - Atipicidade objetiva da conduta

O aspecto material ou objetivo da tipicidade consiste na efetiva lesão ou exposição de perigo ao bem jurídico tutelado penalmente.

Sabe-se que o porte ilegal de entorpecentes tutela objetivamente o bem jurídico da saúde pública. O usuário fomenta o comércio ilícito ao adquiri-los, amplificando, por consequência, o número dos dependentes químicos. A reação em cadeia favorece o cometimento de um sem-número de outros ilícitos, mormente por meio da formação de organizações criminosas, além de uma série de crimes causados sob a influência de tóxicos.

Com efeito, a disseminação ilícita e descontrolada da droga pode levar à destruição moral e efetiva de toda a sociedade, solapando as suas bases e corroendo sua estrutura. O tráfico expõe a um perigo indeterminado um considerável número de indivíduos, cuja saúde, incolumidade física e vida são expostas a uma situação de perigo. Logo, a legislação atua para preservar a saúde da comunidade como o principal bem jurídico a ser protegido (CAPEZ, Fernando. *Legislação Penal Especial*. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E- book. ISBN 9786553624597, p. 318).

Dessa maneira, a Lei de Drogas, ao proteger o bem jurídico da saúde pública, coíbe a crescente lesão do tecido social pelo narcotráfico. Reitero, portanto, que não é protegida a saúde individual, mas sim a coletiva (LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*, Salvador: Juspodivm, 2020, pp. 1.024-1026).

Nessa lógica, deve-se reconhecer que aquele que impetra habeas corpus preventivo para o plantio da Cannabis sativa a fim de cuidar de uma doença, em vez de lesar a saúde pública, a promove.

Sob um prisma pragmático, deve-se considerar, ainda, a oneração dos cofres públicos para a compra de medicamentos. A título de exemplo, em 2015, nas três esferas federais, o gasto do SUS com medicamentos foi de 20 (vinte) bilhões de reais (VIEIRA, Fabiola Sulpino. *Evolução do gasto com medicamentos do Sistema Único de Saúde no período de 2010 a 2016*. Texto para Discussão, 2018).

Quando o indivíduo vem à Justiça requerer seu direito de produzir seu próprio medicamento, amparado em laudo médico, a oneração do erário diminui. Portanto, não há senão benefícios à sociedade e à promoção da saúde pública quando se permite ao Paciente que, às suas custas, realize o tratamento médico prescrito.

Outrossim, conforme se observa do princípio da ofensividade, inexistente a “danosidade” social, não deve prosperar qualquer “merecimento de pena”, e, consequentemente, denegação da ordem no presente caso (TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 72-73).

[Sumário]

II.3 - Entendimento jurisprudencial consolidado e proteção de direitos fundamentais

Como visto quando da análise das preliminares, o STJ, em suas 5ª e 6ª Turmas, estabeleceu precedente pacífico no sentido de ser cabível a concessão de salvo-conduto para o plantio e o transporte de *Cannabis sativa* para fins exclusivamente terapêuticos, com base em receituário e laudo subscrito por profissional médico especializado, com chancela da ANVISA.

Nos julgados que deram origem ao precedente, firmou-se que inexiste tipicidade na conduta de implantação de semente de Cannabis sativa para fins medicinais. Nessa linha, pela relevância dos fundamentos, colaciono o seguinte precedente:

> *RECURSO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SALVO-CONDUTO. CULTIVO ARTESANAL DE CANNABIS SATIVA PARA FINS MEDICINAIS. PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA, FRAGMENTARIEDADE E SUBSIDIARIEDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. OMISSÃO REGULAMENTAR. DIREITO À SAÚDE.*
>
> *1. O Direito Penal é conformado pelo princípio da intervenção mínima e seus consectários, a fragmentariedade e a subsidiariedade. Passando pelo legislador e chegando ao aplicador, o Direito Penal, por ser o ramo do direito de mais gravosa sanção pelo descumprimento de suas normas, deve ser ultima ratio. Somente em caso de ineficiência de outros ramos do direito em tutelar os bens jurídicos é que o legislador deve lançar mão do aparato penal. Não é qualquer lesão a um determinado bem jurídico que deve ser objeto de criminalização, mas apenas as lesões relevantes, gravosas, de impacto para a sociedade. 2. A previsão legal acerca da possibilidade de regulamentação do plantio para fins medicinais, art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006, permite concluir tratamento legal díspar acerca do tema: enquanto o uso recreativo estabelece relação de tipicidade com a norma penal incriminadora, o uso medicinal, científico ou mesmo ritualístico-religioso não desafia persecução penal dentro dos limites regulamentares. 3. A omissão legislativa em não regulamentar o plantio para fins medicinais não representa 'mera opção do Poder Legislativo' (ou órgão estatal competente) em não regulamentar a matéria, que passa ao largo de consequências jurídicas. O Estado possui o dever de observar as prescrições constitucionais e legais, sendo exigível atuações concretas na sociedade. 4. O cultivo de planta psicotrópica para extração de princípio ativo é conduta típica apenas se desconsiderada a motivação e a finalidade. A norma penal incriminadora mira o uso recreativo, a destinação para terceiros e o lucro, visto que, nesse caso, coloca-se em risco a saúde pública. A relação de tipicidade não vai encontrar guarida na conduta de cultivar planta psicotrópica para extração de canabidiol para uso próprio, visto que a finalidade, aqui, é a realização do direito à saúde, conforme prescrito pela medicina. 5. Vislumbro flagrante ilegalidade na instauração de persecução penal de quem, possuindo prescrição médica devidamente circunstanciada, autorização de importação da ANVISA e expertise para produção, comprovada por certificado de curso ministrado por associação, cultiva cannabis sativa para extração de canabidiol para uso próprio. 6. Recurso em habeas corpus provido para conceder salvo-conduto a Guilherme Martins Panayotou, para impedir que qualquer órgão de persecução penal, como polícias civil, militar e federal, Ministério Público estadual ou Ministério Público Federal, turbe ou embarace o cultivo de 15 mudas de cannabis sativa a cada 3 meses, totalizando 60 por ano, para uso exclusivo próprio, enquanto durar o tratamento, nos termos de autorização médica, a ser atualizada anualmente, que integra a presente ordem, até a regulamentação do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006. (STJ, RHC 147169/SP 2021/0141522-6, Data de Julgamento: 14/06/2022, 6ª Turma, DJe 20/06/2022 - destaquei).*

[Sumário]

Além do STJ, todos os Tribunais Regionais Federais, à exceção deste Tribunal, possuem precedentes que concedem o salvo-conduto para o cultivo de Cannabis sativa para fins exclusivamente terapêuticos. Confira-se:

Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PROCESSO PENAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES, PRODUÇÃO, CULTIVO E EXTRAÇÃO DO ÓLEO DE CANNABIS SATIVA. FINS EXCLUSIVAMENTE MEDICINAIS. SALVO-CONDUTO PARA AFASTAR ATUAÇÃO REPRESSIVA DE AGENTES ESTATAIS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO. PARECER MINISTERIAL PELA CONCESSÃO DO WRIT. PRECEDENTES DO STJ. ORDEM CONCEDIDA.

(...) " 7. Na presente impetração foi cabalmente comprovado o problema crônico de saúde do filho menor de idade da ora paciente, bem como da capacitação dela para o plantio da cannabis e para a extração dos óleos necessários ao tratamento, tudo nos termos dos relatórios médicos acostados à peça inaugural.

8. Foi apresentado laudo agronômico destacado no relatório, por meio do qual o profissional atesta a necessidade de cultivo de 45 (quarenta e cinco) plantas por ano. Considerando no próprio laudo a porcentagem de 80% (oitenta por cento) de germinação, a paciente deverá adquirir 57 (cinquenta e sete) sementes por ano para atender aos limites da prescrição médica para o tratamento do seu filho.

9. Nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, e tendo em linha de visão a uniformização da compreensão do STJ sobre a atipicidade da conduta e o entendimento recente deste TRF acerca da matéria, necessário se faz, excepcionalmente, expedir salvo-conduto à paciente, Monique Lamounier de Jesus, com o objetivo de impedir que quaisquer órgãos de persecução penal do Estado brasileiro, incluindo as Polícias Civil, Militar e Federal, assim como o Ministério Público dos estados e o Ministério Público Federal, promovam diligências ou quaisquer atos capazes de limitar a sua liberdade de ir e vir, de forma a impedir a importação, o transporte e o cultivo pela paciente de 57 (cinquenta e sete) sementes de cannabis por ano, para uso exclusivamente medicinal, destinadas ao tratamento de saúde do seu filho menor, João Paulo Lamounier Vasconcelos, enquanto durar seu tratamento de saúde, na forma dos atestados e pareceres médicos e técnicos que instruem o presente writ.

10. Do bem lançado parecer ministerial, extrai-se que, quanto à competência da Justiça Federal, tem-se que a autorização técnica para importação e a produção caseira do óleo consistem em atribuições materiais da autarquia federal ANVISA, ainda não autorizadas, como regra. Nessas causas, o interesse obrigatório da União atrai a competência da Justiça Federal, conforme inciso IV do art. 109 da Constituição da República (...). No caso, os impetrantes alegam que a paciente é genitora de criança (id. 285797063, pág. 54) que possui forte indicação para uso, mas que os custos da aquisição da medicação são inviáveis haja vista sua condição econômica. A paciente possui certificados de conclusão de cursos de cultivo e extração de cannabis medicinal (ids. 285797063, pág. 67; 285797064, pág. 01, 02, 03, 04, 05,), assim como apresentou lauto técnico agronômico (id. 285797064, pág. 06 a 11), o qual justifica dimensão do plantio e quantidade de plantas. De toda sorte, a prescrição médica apresentada restringe-se ao uso do óleo da planta, devendo a esse a paciente e seu filho se aterem. A ordem deve ser concedida. Todavia, observa-se que o pedido de salvo-conduto estará suficientemente atendido com a proibição de prisão em flagrante, sem prejuízo de investigação criminal para apuração da observância dos limites (uso medicinal, quantidade de sementes e plantas compatível, existência de prescrição médica, etc).

[Sumário]

11. Ordem de habeas corpus concedida." (HC 1001484-62.2023.4.01.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, TRF1 - TERCEIRA TURMA, PJe 14/09/2023, grifei.)

Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

Ementa: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. REMESSA EX OFFICIO EM HABEAS CORPUS (ART.574, I, DO CPP). CANNABIS SATIVA PARA USO MEDICINAL. POSSIBILIDADE.

I - O art. 2º da Lei 11.343/2006 exclui da norma proibitiva aquelas substâncias proscritas quando a lei, regulamento ou a convenção internacional abrirem exceções para fins ritualístico-religioso e medicinal, sendo que a Resolução da Diretoria Colegiada - RDC 143, de 17/03/2017 da ANVISA admite o uso controlado de medicamentos registrados que contenham derivados de cannabis e a RDC 156, de 05/05/2017 e inclui a cannabis sativa na categoria de planta medicinal na Lista Completa das Denominações Comuns Brasileira (DCB), vide fl. 116.

II - Manutenção da r. sentença que concedeu a ordem para que a paciente não seja presa ou processada pelo transporte, importação, manutenção em deposito ou uso das substâncias in natura ou derivadas de cannabis sativa trazidas dos Estados Unidos da América, para uso próprio e exclusivamente medicinal, conforme prescrições de sua médica atendente (fl. 55), tornando definitivo o salvo-conduto expedido, a vigorar pelo período de sua visita ao Brasil.

III - Remessa oficial desprovida (Remessa Ex Offício Criminal n. 0109733-33.2017.4.02.5101, DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO FERREIRA DE SOUZA, TRF2 - SEGUNDA TURMA, PJe 28/07/2017, grifei).

Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

E M E N T A: PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CONCESSÃO DE SALVO-CONDUTO PARA UTILIZAÇÃO DE CANNABIS MEDICINAL. RECURSO PROVIDO.

O objetivo da presente impetração é a concessão de salvo-conduto para que o paciente possa importar e plantar cannabis para fins medicinais, pois é portador de transtorno de ansiedade generalizado desde 2014 (CID F41.1) conforme relatórios médicos. Os medicamentos convencionais prescritos para o tratamento ocasionaram efeitos colaterais, minimizados com uso medicinal Cannabis sativa.

Comprovação do estado de saúde e autorização pela ANVISA da importação de medicamento à base de óleos e derivados da cannabis.

Não se pode restringir o acesso à saúde, diante da omissão do Poder Público em regulamentar o adequado acesso ao uso medicinal da cannabis, pois, conforme preceitua o art. 196 da CF/88, a saúde é direito de todos e dever do Estado.

[Sumário]

Permitida a importação de sementes de maconha e o seu cultivo, para uso exclusivamente pessoal e com fins medicinais, enquanto houver a necessidade de tratamento, atrelando sua validade à apresentação de prescrição médica e à autorização de importação da ANVISA válidas.

(...)

7. Recurso em sentido estrito provido. (TRF3 - ReSe - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO / SP 5005806-21.2022.4.03.6181, QUINTA TURMA, Relator para Acórdão PAULO GUSTAVO GUEDES FONTES, data do julgamento em 25/10/2023, grifei).

Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

EMENTA: RECURSO CRIMINAL EM SENTIDO ESTRITO. HABEAS CORPUS. DIREITO À IMPORTAÇÃO DE SEMENTES, CULTIVO, EXTRAÇÃO DO ÓLEO DA PLANTA CANNABIS SATIVA, NECESSÁRIOS PARA O TRATAMENTO DE SAÚDE DO PACIENTE.

Impulsionado pelas mais recentes decisões do STJ, o entendimento desta 7ª Turma tem avançado no sentido de que o debate acerca da possibilidade de importação, transporte e cultivo de sementes de Cannabis Sativa ostenta natureza penal e, portanto, pode ser objeto de habeas corpus.

A 3ª Seção do STJ, na sessão do dia 13/09 pp., por maioria de votos, confirmou a jurisprudência unificada das duas Turmas de direito penal e concedeu a ordem de habeas corpus, a fim de restabelecer a decisão de primeiro grau, que garantiu ao paciente o salvo-conduto, para obstar que qualquer órgão de persecução penal turbe ou embarace o cultivo de mudas de Cannabis sativa para uso exclusivo próprio e enquanto durar o tratamento, com determinação de comunicação ao Ministério da Saúde e à ANVISA, nos termos do voto do Sr. Ministro JESUÍNO RISSATO (HC nº 802.866, acórdão publicado em 13/09/2023).

Provido o recurso em sentido estrito para conceder salvo-conduto ao recorrente a fim de impedir eventual persecução penal tanto pela importação de sementes de Cannabis, quanto pelo cultivo em sua residência, de 18 plantas por mês, para fins exclusivamente medicinais. (TRF4 5060917-91.2023.4.04.7000, SÉTIMA TURMA, Relator para Acórdão LUIZ CARLOS CANALLI, juntado aos autos em 04/10/2023, grifei.)

Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA EM HABEAS CORPUS PREVENTIVO. CULTIVO DOMÉSTICO DA CANNABIS SATIVA L. PARA FINS MEDICINAIS. SALVO-CONDUTO. ORDEM CONCEDIDA. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. PRECEDENTE FAVORÁVEL DA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. REMESSA NÃO

[Sumário]

PROVIDA.

1. Trata-se de Remessa Necessária Criminal cujo objeto é a sentença prolatada pelo Juízo da 12ª Vara Federal do Ceará que concedeu ordem de habeas corpus preventivo, autorizando o paciente "a realizar a importação de sementes, transporte e cultivo de exemplares, concomitantemente, da planta "Cannabis", de forma domiciliar, para fins medicinais, exclusivamente" e limitada à quantidade de 120 (cento e vinte) sementes da subespécie Cannabis Sativa, por ano.

2. A conduta de cultivar artesanalmente a cannabis para extração do óleo medicinal, lastreada em prescrição médica, não ofende o bem jurídico tutelado pela Lei Antidrogas, por não apresentar qualquer lesividade social, uma vez que o cultivo da cannabis se destina apenas a fins terapêuticos. É que, aqui, a finalidade estritamente medicinal afasta a própria tipicidade material da norma, que visa reprimir o uso de substâncias e/ou produtos capazes de causar dependência, especificados em lei ou relacionados pelo Poder Executivo, entre os quais não estão listados os óleos produzidos a partir da cannabis para fins terapêuticos.

3. Embora não autorize expressamente o cultivo da cannabis para fins terapêuticos, a Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) nº 17 da ANVISA, ao possibilitar a importação via autorização administrativa de produto à base de cannabis para uso pessoal, reconhece publicamente as benesses terapêuticas que os produtos derivados da cannabis podem apresentar.

4. A autorização administrativa ainda é, contudo, muito limitada, pois, ao permitir, de um lado, a importação de produtos medicinais à base de cannabis e, de outro, negar a produção doméstica, significa impedir o consumo por aqueles que não possuem condição financeira para arcar com os altos custos da importação. Nesse aspecto, como decidido pela Terceira Seção do STJ, a ausência de regulamentação estatal sobre o plantio de cannabis não pode prejudicar o direito à saúde dos pacientes, os quais têm de lidar com muita burocracia e com altos custos, caso queiram importar o óleo medicinal (HC 802.866/PR).

5. A autorização do cultivo da cannabis não afasta a supervisão e a fiscalização estatal, no que se refere à quantidade, ao destino estritamente medicinal e ao uso pessoal e intransferível pelo paciente.

6. Remessa oficial a que se nega provimento. (PROCESSO: 08097185320234058100, REMESSA NECESSÁRIA CRIMINAL, DESEMBARGADOR FEDERAL ELIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO, 1ª TURMA, JULGAMENTO: 19/10/2023, grifei.)

Assim, a jurisprudência construída pelos Tribunais Regionais reflete uma compreensão sensível às necessidades de pacientes que buscam uma alternativa terapêutica eficaz.

Diante do panorama jurídico estabelecido pelo STJ e pelos demais Tribunais Regionais Federais, é imprescindível que este Tribunal emita posicionamento favorável à dignidade da pessoa humana e à saúde (artigos 3º, III, e 196 da Constituição Federal).

O entendimento coaduna, ainda, com a Convenção Única sobre Entorpecentes, internalizada nacionalmente com a publicação do Decreto n. 54.216, de 27 de agosto de 1964. O acordo

[Sumário]

multilateral, ao proibir o uso de Cannabis para fins não medicinais, a contrario sensu, permite que seja utilizado para este propósito (artigo 49, II, "f").

Ademais, considero que este Tribunal Regional da 6ª Região, ao alinhar-se aos precedentes supracitados, contribui para a harmonização da interpretação do Direito no âmbito federal e para conferir maior coerência à sua aplicação.

Ao tratar da integridade da justiça e da força dos precedentes, Ronald Dworkin consignou que "uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade, especial num sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva". Dessa maneira, a unidade jurídica tende a criar uma sociedade mais coesa, tendente a menos fraudes, menos corrupções e maior eficiência (DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 228-229).

Além disso, o Livro III do Código de Processo Civil traz expressa referência ao dever de os Tribunais em buscar a uniformização de Jurisprudência. Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim dispõe que legislador demonstrou abertamente o prestígio à jurisprudência dominante (MADEIRA, Daniela Pereira. O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 530).

II.4 - Aplicação do Direito ao caso concreto

Kim Marques apresentou provas concretas de sua doença, por meio de parecer e de receita médica. Possui bons antecedentes e nenhuma condenação em seu nome.

O Paciente realizou diversos cursos especializantes sobre cultivo orgânico, sobre cultivo e extração de Cannabis medicinal, sobre extrações sem solventes e sobre revolução dos Terpenos (Ids. 283809135, 283809136. 283809137, 283809138). Obteve, ainda, autorização da ANVISA para importar o medicamento à base de Cannabis sativa (Id. 283809142).

Conforme orçamento apresentado, seu remédio, se importado já pronto, custaria o total de R$ 1.108,00 (mil cento e oito reais) por mês (Id 283809128). Seu salário mensal, descontados os tributos essenciais (IRPF e INSS), é de R$ 6.413,90 (seis mil quatrocentos e treze reais e noventa centavos). É dizer, o valor de sua saúde custa aproximadamente 1/6 (um sexto) de seus rendimentos mensais, o que equivale a quase 20% (vinte por cento) destes. Trata-se, evidentemente, de patamar proporcionalmente significativo.

Caso pleiteasse judicialmente o custeio desse remédio, o gasto anual da União, apenas com o paciente, seria de aproximadamente R$ 13.000,00 (treze mil reais). No entanto, não é esse o caso. O impetrante cingiu-se a solicitar permissão para assumir pessoalmente os custos necessários para manter sua saúde.

Além disso, o único motivo para a importação de sementes de Cannabis sativa, devidamente demonstrado nos autos, foi o de plantio para fins medicinais. Quanto a esse ponto, importante relembrar importante lição do catedrático Jordi Nieva Fenoll, que ao interpretar o princípio do in

[Sumário]

dubio pro reo, afirma que a situação de dúvida se resolve em favor da probabilidade preponderante, seja de inocência, seja de culpa, segundo o resultado das provas.

No processo penal, a dúvida, por menor que seja, seguirá sempre existindo. A situação de dúvida se resolve em favor da probabilidade preponderante, seja de inocência, seja de culpa, segundo o resultado das provas. Em caso de incerteza, deve-se considerar provada a hipótese que conte com maiores elementos de prova que possam fundamentá-la cientificamente (NIEVA FENOLL, Jordi. La Duda en el Proceso Penal. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 160-167).

O conjunto probatório apresentado pelo impetrante é suficiente no sentido de demonstração da boa-fé de Kim Marques, devendo-se, portanto, presumir que ele usará as sementes importadas apenas para fins terapêuticos. A propósito, entende o STJ, em termos gerais, que a boa-fé se presume, e a má-fé se prova (v.g. Tema Repetitivo n. 243).

Quanto à reprovabilidade da conduta de importar sementes de Cannabis sativa, impõe-se, em inteiro teor, a tese acima exposta, concluindo-se pela completa atipicidade formal e material da conduta.

Não obstante, como visto, mesmo diante de fictícia tipicidade, a qual ressalto como inexistente no caso concreto, inexistiria ilicitude (artigo 23 do Código Penal).

Isso porque Kim Marques, através de sua autonomia, escolheu o seu profissional de saúde, o qual, por sua vez, prescreveu aquele remédio que entendeu ser o mais apropriado para seus problemas de saúde. Em suma, se alguém exercita um direito, previsto e autorizado de algum modo pelo ordenamento jurídico, não pode ser punido ou tratado como se praticasse um delito. Por conseguinte, não há sequer resquícios de antijuridicidade no ato de importação de sementes de Cannabis sativa para produção caseira de remédios, sob prescrição médica.

É importante ressaltar que a autorização para a importação e o cultivo da cannabis não afastam a supervisão e a fiscalização estatal, no que se refere à quantidade e à qualidade da substância, ao destino estritamente medicinal e ao uso pessoal e intransferível pelo Paciente.

Pelos fundamentos e fatos apresentados, CONCEDO a ordem de habeas corpus, para autorizar salvo-conduto ao Paciente KIM MARQUES, a fim de impedir eventual persecução penal tanto pela importação de sementes de Cannabis sativa quanto pelo cultivo em sua residência, pelos prazos e quantidades da prescrição médica e enquanto vigente a autorização da ANVISA para importar medicamento à base de Cannabis sativa, sem prejuízo da fiscalização estatal quanto ao controle de quantidade e de qualidade da substância, ao destino estritamente medicinal e ao uso pessoal e intransferível pelo Paciente.

É o voto.

Desembargador Federal PEDRO FELIPE SANTOS Relator

[Sumário]

Ementa

PROCESSO PENAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES, PRODUÇÃO, CULTIVO E EXTRAÇÃO DO ÓLEO DE CANNABIS SATIVA. FINS EXCLUSIVAMENTE TERAPÊUTICOS. SALVO-CONDUTO PARA AFASTAR ATUAÇÃO REPRESSIVA DE AGENTES ESTATAIS. VIA ADEQUADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRECEDENTES DO STJ. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS. ORDEM CONCEDIDA.

1. Preliminares:

1.1 É competente a Justiça Federal para processar e julgar crime de tráfico transnacional de drogas (STJ, CC 171.206/SP, Rel. Ministro Joel Parcionik, Terceira Seção, DJe 16/06/2020), pelo que, por via reflexa, é igualmente competente para processar o *habeas corpus* que trata do mesmo delito.

1.2 É justificado o receio de eventual prisão e cerceamento da liberdade de ir e vir por parte daqueles que buscam esta via para a concessão de salvo-conduto para a importação da semente de *Cannabis sativa*, ainda que para fins medicinais, sendo o habeas corpus o instrumento adequado para veicular a pretensão do paciente. Precedentes.

1.3 A autoridade coatora, apta a figurar no polo passivo do remédio constitucional, é somente aquela que pratica o ato de constrangimento ilegal.

1.4 Há incidente de assunção de competência pendente de julgamento pela Primeira Seção do STJ, o qual suspendeu o trâmite dos processos que tratam da importação da *Cannabis sativa* para fins medicinais. A suspensão se refere à pretensão de utilização da substância para fins comerciais, não atingindo, pois, os processos da esfera penal.

1.5 Não se exige, para impetração de habeas corpus, o exaurimento da via administrativa, conforme se infere do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Quanto à importação de semente de *Cannabis sativa*, verifica-se a omissão do aparato administrativo e legislativo. A exigência de prévia jurisdição administrativa de cunho forçado nesses casos seria não apenas uma violação aos postulados constitucionais do processo, por impossibilitar ipso facto a tutela do Paciente para o fim colimado, mas a própria negação do direito à saúde e do dever do Estado em provê-la, em frontal violação ao artigo 196 da Carta Magna.

2. Mérito:

2.1 A conduta de importar sementes de *Cannabis sativa* para fins medicinais é subjetivamente atípica. É certo que o tipo previsto pelo artigo 33, §1º, II, pressupõe o dolo (fim subjetivo) como força motriz do cultivo de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas. O complemento “preparação de drogas”, é destinado ao entorpecimento recreativo, seja do usuário, seja de outrem. Conferir tratamento indistinto às finalidades do uso da substância configuraria, em flagrante retrocesso, a negação às bases finalistas do dolo, sobre a qual se erigiu o Direito Penal moderno. Se a finalidade que orienta o plantio é a extração da substância

[Sumário]

para a produção medicamentosa, é impossível reconhecer a tipicidade subjetiva de tal conduta.

2.2 Há quatro séculos neste país, a permissão controlada do uso de certas substâncias, a priori proibidas para o consumo geral, já era concedida mediante a autorização de profissionais da medicina. Com muito mais razão, em um contexto contemporâneo, diante do progresso científico e da compreensão mais refinada das propriedades terapêuticas de certas substâncias, combinados à pormenorizada regulamentação da profissão médica, deve-se reconhecer a qualificação dos profissionais da saúde para prescrição que utilize a *Cannabis sativa*, fundamentada em objetivos terapêuticos legítimos.

2.3 Essa perspectiva nos permite argumentar que, mesmo quando admitida hipoteticamente a tipicidade da conduta, a utilização da substância para fins terapêuticos não se revelaria ilícita, por ser consentânea à ordem jurídica. O Código Penal, em seu artigo 23, apresenta como causa de excludente de ilicitude o exercício regular de direito, descrito por Nucci descreve como o desempenho de uma atividade ou prática de uma conduta autorizada por lei, que torna lícito um fato típico. Dessa forma, a importação de *Cannabis sativa* pelo Paciente, com o fito de assegurar tratamento prescrito por médico em exercício regular da profissão, é puramente lícita.

2.4 A conduta tampouco possui tipicidade objetiva. A Lei de Drogas, ao proteger o bem jurídico da saúde pública, coíbe a crescente lesão do tecido social pelo narcotráfico. O bem jurídico protegido não é a saúde individual, mas sim a coletiva. Nessa lógica, deve-se reconhecer que aquele que impetra habeas corpus preventivo para o plantio da *Cannabis sativa* a fim de cuidar de uma doença, ao invés de lesar a saúde pública, a promove. Sob um prisma pragmático, quando o indivíduo vem à Justiça requerer seu direito de produzir seu próprio medicamento, com base em laudo médico, a oneração pública diminui. Outrossim, conforme se observa do princípio da ofensividade, inexistente a “danosidade” social, não deve prosperar qualquer “merecimento de pena” para essa conduta.

2.5 São nesse exato sentido os precedentes já formados sobre o tema. O Superior Tribunal de Justiça, em suas 5ª e 6ª Turmas e em sua 3ª Seção, construiu jurisprudência pacífica no sentido de ser cabível a concessão de salvo-conduto para o plantio e para o transporte de *Cannabis sativa* para fins exclusivamente terapêuticos, com base em receituário e laudo subscrito por profissional médico especializado, com chancela da ANVISA. Além do STJ, todos os demais Tribunais Regionais Federais possuem precedentes que concedem o salvo-conduto àqueles para a importação e para o cultivo de *Cannabis sativa* para fins exclusivamente terapêuticos.

2.6 Diante do panorama jurídico estabelecido pelo STJ e pelos demais Tribunais Regionais Federais, é imprescindível que este Tribunal, emita posicionamento favorável à dignidade da pessoa humana e à saúde (artigos 3º, III, e 196 da Constituição Federal). O entendimento coaduna, ainda, com a Convenção Única sobre Entorpecentes, internalizada nacionalmente com a publicação do Decreto n. 54.216, de 27 de agosto de 1964. O acordo multilateral, ao proibir o uso de Cannabis para fins não medicinais, a contrario sensu, permite que seja utilizado para este propósito (artigo 49, II, "f"). Ademais, este Tribunal Regional da 6ª Região, ao alinhar-se aos precedentes supracitados, contribui para a harmonização da interpretação do Direito no âmbito federal e para conferir maior coerência à sua aplicação.

[Sumário]

3. Caso concreto:

3.1 O Paciente apresentou provas concretas de sua doença, por meio de parecer e de receita médica. Possui bons antecedentes e nenhuma condenação em seu nome. Realizou diversos cursos especializantes sobre cultivo orgânico, sobre cultivo e extração de *Cannabis* medicinal, sobre extrações sem solventes e sobre revolução dos Terpenos. Obteve, ainda, autorização da ANVISA para importar o medicamento à base de *Cannabis sativa*. A importação do remédio já pronto lhe custa quase 20% (vinte por cento) de seus vencimentos mensais.

3.2 O conjunto probatório apresentado pelo impetrante é suficiente no sentido de demonstração da boa-fé do Paciente, devendo-se, portanto, presumir que ele usará as sementes importadas apenas para fins terapêuticos. A propósito, entende o STJ, em termos gerais, que a boa-fé se presume, e a má-fé se prova.

3.3 A autorização para a importação e o cultivo da cannabis não afastam a supervisão e a fiscalização estatal, no que se refere à quantidade e à qualidade da substância, ao destino estritamente medicinal e ao uso pessoal e intransferível pelo Paciente.

4. Ordem de habeas corpus concedida para autorizar salvo-conduto ao Paciente KIM MARQUES, a fim de impedir eventual persecução penal tanto pela importação de sementes de *Cannabis sativa* quanto pelo cultivo em sua residência, pelos prazos e quantidades da prescrição médica e enquanto vigente a autorização da ANVISA para importação de medicamento à base de *Cannabis sativa*, sem prejuízo da fiscalização estatal quanto ao controle de quantidade e de qualidade da substância, ao destino estritamente medicinal e ao uso pessoal e intransferível pelo Paciente.

Acórdão

Decide a Segunda Turma do TRF da 6ª. Região, por unanimidade, conceder a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do relator.

Belo Horizonte/MG, data da sessão de julgamento.

[Sumário]

Acórdão

Apelação Cível 1012773-27.2023.4.06.9999

Grégore Moreira de Moura
Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 6ª Região
Mestre em Ciências Penais e Doutor em Direito em Direito Constitucional pela UFMG
Professor de Direito Penal e Criminologia
Palestrante e autor de livros

[Sumário]

Relatório

O Exmº. Sr. Desembargador Federal GRÉGORE MOURA (Relator):Trata-se de apelação interposta pela parte ré (INSS) (id 9853826858) contra sentença (id 9842984623) que julgou procedente o pedido inicial para conceder à parte autora o benefício de auxílio-reclusão, bem como condenou a parte ré em honorários advocatícios sucumbenciais fixados em 10% (dez por cento) das parcelas vencidas até a sentença (enunciado nº 111 da Súmula do STJ).A parte apelante argumenta que, após o início da vigência da MP 871/2019, exige-se para a concessão do auxílio-reclusão que o segurado tenha sido recolhido à prisão em regime fechado e, no caso concreto, o instituidor cumpriu pena em regime semiaberto.Intimada, a parte autora apresentou contrarrazões (id 9883162254), pugnando pela manutenção da sentença e destacando que, inobstante o cumprimento de pena em regime semiaberto, o segurado não realizou atividade externa, tendo lhe sido negada a possibilidade de trabalho externo.De seu turno, a parte autora apresentou apelação na forma adesiva (id 9883169405), pedindo a majoração dos honorários de sucumbência aos quais a parte ré foi condenada.Os autos, então, subiram ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região.O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso do INSS (id 287511625).Com a criação deste Tribunal, vieram os autos migrados e foram conclusos.

É o relatório.

Desembargador Federal GRÉGORE MOURA Relator

[Sumário]

Voto

O Exmº. Sr. Desembargador Federal GRÉGORE MOURA (Relator):Trata-se de apelação do INSS, interposta contra sentença que julgou procedente o pedido de auxílio-reclusão, e apelação adesiva da parte autora. O auxílio-reclusão é benefício previdenciário previsto no art. 201, IV da Constituição Federal de 1988 e no art. 18, II, b, da Lei nº 8.213/91, devido aos dependentes de segurado de baixa renda recolhido à prisão.Tal benefício funda-se na determinação constitucional de que a pena privativa de liberdade não ultrapasse apessoa do condenado (art. 5º, XLV, CF/88), além de incorporar o elemento essencial de contributividade do regime geral de previdência e o princípio da solidariedade em relação aos dependentes do apenado. O preenchimento dos requisitos para sua concessão deve ser aferido no momento do recolhimento ao sistema prisional, observando-se o princípio *tempus regit actum*. Nesse sentido, em hipóteses de prisão anterior a 18/01/2019 (início da vigência da MP 871/2019, convertida na Lei nº 13.846/2019), devem ser comprovadas: 1) a qualidade de segurado quando do recolhimento à prisão; 2) a dependência do beneficiário em relação ao segurado; 3) o efetivo recolhimento à prisão em regime fechado ou semiaberto; 4) e a condição de segurado de baixa renda.De outra forma, em hipóteses de prisão a partir de 18/01/2019 (regidas pela MP 871/2019, convertida na Lei nº 13.846/2019), devem ser comprovadas, nos termos do art. 80 da Lei 8.213/91: 1) a qualidade de segurado quando do recolhimento à prisão; 2) a dependência do beneficiário em relação ao segurado; 3) o efetivo recolhimento à prisão em regime fechado; 4) a condição de segurado de baixa renda; 5) o fato de o segurado não receber remuneração de empresa, nem estar em gozo de benefício por incapacidade temporária, pensão por morte, salário-maternidade, aposentadoria ou abono de permanência em serviço; 6) cumprimento de carência de vinte e quatro meses. Ademais, havendo perda da qualidade de segurado, exige-se novo período de doze meses de carência desde a nova filiação (art. 27-A c/c art. 25, IV, ambos da Lei 8.213/91).Cinge-se a controvérsia ao regime de cumprimento de pena do segurado instituidor do benefício. No caso concreto, o segurado permaneceu recolhido em estabelecimentos prisionais do Estado de Minas Gerais de 08/05/2021 a 22/06/2021 (prisão preventiva, sem solução de continuidade neste período) e de 11/10/2021 a 11/01/2022 (em virtude de condenação criminal com regime inicial de cumprimento de pena semiaberto) – conforme id 9477953016 e 9558136086.Portanto, o recolhimento se iniciou após o início da vigência da MP 871/19. Desta feita, exige-se o efetivo recolhimento à prisão em regime fechado.Quanto ao período de 08/05/2021 a 22/06/2021, o segurado restou efetivamente recolhido em regime fechado. Faço notar, nesse sentido, que a lei não realiza distinção entre prisão para fins de cumprimento de pena fixada em sentença, prisão temporária ou preventiva, bastando que haja o efetivo recolhimento prisional. Quanto ao período de 11/10/2021 a 11/01/2022, posterior à condenação criminal para cumprimento de pena fixada em sentença, em que pese a fixação do regime inicial de cumprimento de pena semiaberto, tem-se que o segurado restou efetivamente recolhido em condições de regime fechado. Nesse sentido, destaco que consta da certidão ao id 9477953016, p. 1, subscrita em 26/05/2022:

(…) encontra-se recolhido no estabelecimento prisional da Comarca de Campos Gerais, cumprindo sua reprimenda corporal em regime semiaberto, conforme atestado de pena que segue anexo a essa. Certifico ainda que, no momento, o reeducando não está exercendo trabalho externo, portanto, está recolhido em tempo integral no presídio da comarca. (destaquei)

[Sumário]

Ademais, a decisão acostada aos autos ao id 9442559363, pp. 1-2 também revela que lhe foi negada, em uma oportunidade, a possibilidade de trabalho externo – decisão cujo mérito não se discute nos presentes autos, mas que reforça a constatação de que o segurado permaneceu efetivamente em condições típicas do regime fechado.Destaco que o regime semiaberto, nos termos do art. 33, §1º, b e do art. 35, ambos do Código Penal caracteriza-se precisamente pelo fato de que "o condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar" e de que "o trabalho externo é admissível, bem como a freqüência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior." Nenhuma dessas circunstâncias foram verificadas no caso concreto, de modo que não se constata, na realidade, submissão ao regime semiaberto – ao menos para os fins e nos limites da demanda ora em análise. Portanto, resta preenchido o requisito controvertido, sendo devido o benefício pleiteado desde o recolhimento do segurado à prisão.Sendo assim, inexiste nulidade que dê ensejo à pretendida reforma e/ou anulação da sentença, pois afigurou-se correta a solução de primeira instância adotada no caso concreto.

Consectários da condenação.Acerca dos juros e correção monetária a incidirem sobre as parcelas pretéritas, cumpre observar que o Supremo Tribunal Federal - STF concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário 870947/SE (Tema 810), sob a sistemática da repercussão geral, nele estabelecendo que, nas condenações impostas à Fazenda Pública, oriundas de relação jurídica não-tributária, que é o caso dos autos, os juros moratórios e a correção monetária incidirão da seguinte maneira:a) Juros moratórios: a partir da citação, segundo a remuneração da caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, observado o enunciado da Súmula Vinculante nº 17-STF. Portanto, os juros moratórios, que antes observavam o patamar de 1% (um por cento) ao mês nesse tipo de lide, com o advento da Lei 11.960/09 passaram a ser calculados conforme o mesmo índice aplicável às cadernetas de poupança;b) Atualização monetária: O artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.Ressalte-se que no julgamento que deu origem à tese do Tema n. 810, o Supremo Tribunal Federal - STF tratou de correção de benefício assistencial e aplicou o índice IPCA-E sobre cada parcela vencida.Entretanto, o benefício aqui em questão é previdenciário, razão pela qual se aplica o INPC, em conformidade com a tese fixada no Tema 905 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, bem como no Manual de Cálculo do Conselho da Justiça Federal - CJF, vigente hoje.c) A partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº. 113/2021, incide, tão somente, a taxa SELIC, uma única vez, a título de juros e correção monetária – art. 3º da EC 113/2021.Por fim, mantida a sucumbência, deve ser mantida a condenação da parte ré em honorários advocatícios. Contudo, considerando se tratar de matéria de ordem pública, é necessário também adequar os termos da sentença, zelando pela observância dos patamares previstos no §3º do art. 85 do CPC para as condenações contra o Poder Público. Desta feita, condeno o INSS ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, fixados no patamar mínimo da respectiva faixa do §3º do art. 85 do Código de Processo Civil, conforme o que se apurar em fase de cumprimento de decisão judicial, a incidir sobre o valor das parcelas vencidas até a data de prolação da sentença (Súmula 111/STJ).E, exatamente por tais razões,

[Sumário]

incabível a majoração na forma pretendida pela parte autora em seu recurso de apelação adesiva.Inobstante, quanto aos honorários advocatícios recursais, é cabível sua majoração em razão das contrarrazões ofertadas e dos termos do § 11 do art. 85 do CPC: “O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento”. Por esse motivo, os honorários advocatícios ficam majorados em mais 2% (dois por cento) – dando-se, assim, parcial provimento ao apelo da parte autora.

Ante a todo o exposto, conheço da apelação do INSS e nego-lhe provimento, ficando majorada a condenação em honorários de sucumbência; e conheço da apelação adesiva da parte autora e lhe dou parcial provimento,tudo nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

Desembargador Federal GRÉGORE MOURA Relator

[Sumário]

Ementa

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. AUXÍLIO RECLUSÃO. EXIGÊNCIA DE PRISÃO EM REGIME FECHADO. PRISÃO POSTERIOR AO INÍCIO DA VIGÊNCIA DA MP 871/19, CONVERTIDA NA LEI 13.846/19. CONDENAÇÃO EM REGIME SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE TRABALHO EXTERNO. CONDIÇÕES EFETIVAS DE REGIME FECHADO. APELAÇÃO ADESIVA. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS CONTRA O PODER PÚBLICO. OBSERVÂNCIA DO ART. 85, §3º, DO CPC. HONORÁRIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO DEVIDA. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DOS TEMAS 810, STF E 905, STJ.1. O auxílio-reclusão é benefício previdenciário previsto no art. 201, IV da Constituição Federal de 1988 e no art. 18, II, b, da Lei nº 8.213/91, devido aos dependentes de segurado de baixa renda recolhido à prisão. O preenchimento dos requisitos para sua concessão deve ser aferido no momento do recolhimento ao sistema prisional, observando- se o princípio *tempus regit actum*. Nesse sentido, em hipóteses de prisão posterior a 18/01/2019 (início da vigência da MP 871/2019, convertida na Lei nº 13.846/2019), como no caso concreto, devem ser comprovadas:

1) a qualidade de segurado quando do recolhimento à prisão; 2) a dependência do beneficiário em relação ao segurado; 3) o efetivo recolhimento à prisão em regime fechado; 4) a condição de segurado de baixa renda; 5) o fato de o segurado não receber remuneração de empresa, nem estar em gozo de benefício por incapacidade temporária, pensão por morte, salário-maternidade, aposentadoria ou abono de permanência em serviço; 6) cumprimento de carência de vinte e quatro meses. Ademais, havendo perda da qualidade de segurado, exige- se novo período de doze meses de carência desde a nova filiação (art. 27-A c/c art. 25, IV, ambos da Lei 8.213/91).2. Cinge-se a controvérsia ao regime de cumprimento de pena do segurado instituidor do benefício.

Quanto ao período de 08/05/2021 a 22/06/2021, o segurado restou efetivamente recolhido em regime fechado. Faço notar, nesse sentido, que a lei não realiza distinção entre prisão para fins de cumprimento de pena fixada em sentença, prisão temporária ou preventiva, bastante que haja o efetivo recolhimento prisional.3. Quanto ao período de 11/10/2021 a 11/01/2022, posterior à condenação criminal para cumprimento de pena fixada em sentença, em que pese a fixação do regime inicial de cumprimento de pena semiaberto, tem-se que o segurado restou efetivamente recolhido em condições de regime fechado. Nesse sentido, consta de certidão juntada aos autos que o segurado “no momento, o reeducando não está exercendo trabalho externo, portanto, está recolhido em tempo integral no presídio da comarca.” Ademais, decisão acostada aos autos também revela que lhe foi negada, em uma oportunidade, a possibilidade de trabalho externo. O regime semiaberto pela possibilidade de trabalho durante o período diurno, inclusive externo. Nenhuma dessas circunstâncias foram verificadas no caso concreto, de modo que não se constata, na realidade, submissão ao regime semiaberto – ao menos para os fins e nos limites da demanda ora em análise. Apelação do INSS não provida.4. Fixados os honorários advocatícios no patamar mínimo da respectiva faixa do §3º do art. 85 do Código de Processo Civil, conforme o que se apurar em fase de cumprimento de decisão judicial, a incidir sobre o valor das parcelas vencidas até a data de prolação da sentença (Súmula 111/STJ). Majoração dos honorários advocatícios em mais 2% (dois por cento), nos termos do § 11 do art. 85 do CPC, em razão do trabalho adicional em grau recursal. Apelação adesiva da parte autora parcialmente provida.5. Juros e correção monetária conforme o Manual de Cálculos da Justiça

[Sumário]

Federal e considerando as teses fixadas no Tema 810 pelo STF e no Tema 905 pelo STJ.6. Apelação do INSS conhecida e não provida; apelação adesiva da parte autora conhecida e parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Primeira Turma do TRF da 6ª Região, por unanimidade, conhecer da apelação do INSS e **negar-lhe provimento** e conhecer da apelação adesiva da parte autora e **dar-lhe parcial provimento**, tudo nos termos do voto do relator.

Belo Horizonte/MG, data da sessão de julgamento.

Desembargador Federal GRÉGORE MOURA Relator

[Sumário]

Discurso

Homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira

Tribute to the Minister Sálvio de Figueiredo Teixeira

Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves
Juiz Federal do Tribunal Regional da Sexta Região
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

[Sumário]

Homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira

Falar de Sálvio de Figueiredo Teixeira é fácil. E inspirador! Homem de muitos predicados e de grande *joie de vivre*. Tinha um jeito próprio de levar a vida, e deixou sua marca nas pessoas com quem conviveu e em tudo o que fez profissionalmente, principalmente na justiça mineira.

Nascido em Pedra Azul, seus pais mudaram-se quando ele tinha um ano de idade para Salinas, onde passou sua infância. Terminou o curso ginasial em Salvador, no Colégio Dois de Julho. Chegou a Belo Horizonte para fazer o curso secundário, no internato do Colégio Batista, depois transferindo-se para o Colégio Marconi. Ingressou na Faculdade de Direito da UFMG em 1959, graduando-se em 1963.

Advogou por pouco tempo em Minas e na Bahia, porque já em 1965 foi aprovado em concurso público para promotor de justiça, tendo atuado na comarca de São Roque de Minas. Em 1966, ingressou na magistratura estadual mineira, também por concurso público, tendo sido juiz em Passa Tempo, Sacramento, Congonhas, Betim e Belo Horizonte. Na capital, atuou inicialmente como juiz da então vara de menores, fazendo um trabalho difícil, esquecido, mas compensador, nas suas palavras. Em 1979, foi promovido para o extinto Tribunal de Alçada e, em 1984, para o Tribunal de Justiça, no qual permaneceu por cinco anos.

Quando se pensou em nomes para compor o Superior Tribunal de Justiça, corte criada pela Constituição de 1988, logo Sálvio de Figueiredo Teixeira, que se destacava como grande juiz das alterosas, foi de pronto lembrado. Ingressou no STJ quando da sua instalação, em abril de 1989, e chegou à vice-presidência, tendo se aposentado em 2006, após mais de 40 anos devotados ao Judiciário brasileiro.

Foi também professor. Começou em Sacramento, quando era juiz de direito, lecionando português, literatura e inglês numa escola secundária. Ingressou na UFMG, como professor de processo civil e penal, em 1970, nela permanecendo até sua mudança para Brasília, em 1989. De 1990 a 1994, foi professor da UnB. Foi também um dos fundadores da Faculdade de Direito Milton Campos, na qual lecionou teoria geral do processo e processo civil. Em 2002, coroando sua carreira acadêmica, obteve o título de Doutor em Direito pela UFMG.

A atuação do Ministro Sálvio como juiz foi exemplar, tendo recebido homenagens em todas as cidades nas quais atuou, mas foi como pensador, preocupado com a melhora do serviço judiciário, para além da interpretação da lei ao caso concreto, que atuou de forma diferente.

[Sumário]

Numa época em que ninguém falava em formação e aperfeiçoamento de juízes, lá estava ele para revolucionar. Em 1972, recebeu uma bolsa de estudos da Universidade de Lisboa e rumou para Portugal. Ficou encantado com as escolas de magistratura de Portugal, da Espanha e da França e quis reproduzir no Brasil o que viu lá fora. Empenhou-se em implantar algo parecido por aqui, tendo inspirado o nascimento da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, em 1977, vinculada ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Desempenhou papel decisivo na EJEF, sempre na ideia de que o juiz precisa se aperfeiçoar na carreira, que é longa, e também em outras áreas, como nas Humanidades, nas Artes e na Música, para que possa decidir melhor a vida das pessoas. A EJEF foi pioneira também no estabelecimento de curso preparatório para juízes que ingressavam na carreira, criando-o em 1995, com duração de seis meses.

Da EJEF, o Ministro Sálvio passou a atuar na Escola Nacional da Magistratura, vinculada à Associação dos Magistrados Brasileiros. Por quase dez anos, levou sua experiência de Minas Gerais para o Brasil, na Escola Nacional.

A semente plantada em 1975 pelo Ministro Sálvio no TJMG consolidou-se em 2004, quando a Emenda Constitucional 95 criou, no âmbito do Judiciário, a Escola de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados, que hoje leva o seu nome, um sucesso em tempos atuais. Além de cuidar de cursos preparatórios para o ingresso na carreira da magistratura, a ENFAM proporciona inúmeros cursos de aperfeiçoamento, necessários para promoção, tendo implantado inclusive curso de Mestrado profissional, de extrema utilidade para os juízes. Era o sonho do Ministro Sálvio que se tornou realidade – uma Escola Nacional para juízes.

Ao ingressar no STJ, levou à capital federal suas preocupações com a efetividade da legislação processual civil. Passou a coordenar uma comissão encarregada de estudar modificações nas leis de regência. Próceres do processo civil brasileiro se reuniam no gabinete do Ministro para discutir essas mudanças, responsáveis por incontáveis melhoras no sistema. Destacam-se a criação da antecipação dos efeitos da tutela, que foi a grande revolução no processo civil brasileiro, a melhora do procedimento do agravo de instrumento e ainda a simplificação da execução de sentença, que, ao final, representou o sincretismo hoje existente.

Por vezes, o Ministro era chamado também a ajudar na Casa Civil da Presidência da República, na análise de projetos de lei aprovados pelo Congresso, aparentemente contrários ao ideal de simplificação e efetividade do processo civil. Corria o Ministro Sálvio para mandar elementos que subsidiassem vetos parciais ou totais a projetos de lei desavisados.

Como o Ministro escrevia à mão, era eu um dos responsáveis por digitar tudo isso, o que foi engrandecedor, porque pude ver os bastidores da evolução da legislação processual. Por falar em informática, a relação dele com a máquina era de amor e ódio. Tinha consciência da revolução que os sistemas trariam para a melhora do serviço, mas achava complicado o manuseio do computador. Lembro-me de uma vez que ele me pediu que passasse um e-mail, ditou o que deveria conter, mas que imprimisse e colocasse na mesa dele para assinatura,

[Sumário]

antes do envio.

Na vida particular, o Ministro Sálvio formou uma brilhante família, juntamente com Simone Ribeiro de Figueiredo Teixeira. Teve três filhos, Cristina, Vinícius e Úrsula, que lhe deram netos, alguns já adultos, a exemplo de Caio, que conheci ainda na barriga de Cristina, quando moramos em Belém do Pará, e a quem posso retribuir um pouco do que aprendi com seu avô, já que é meu aluno na Faculdade de Direito da UFMG.

Vivi intensamente o Ministro Sálvio a partir de 1995. Indicado pelo meu tio Adhemar, seu amigo, cheguei a Brasília para ser seu assessor no STJ. Naquela época, éramos apenas dois assessores, Suzana e eu. O gabinete, que tinha cerca de dez servidores, era comandado pela incansável Cleuza Rocha, sua fiel escudeira e guardiã de sua cobiçada agenda.

Ainda nos primeiros dias de trabalho, recebi do Ministro uma tarefa. Precisava melhorar minha escrita, que continha períodos longos, e nada melhor do que Machado de Assis para ajudar. Ganhei um exemplar de Dom Casmurro. Em seguida, Contos Fluminenses. Depois desses, vieram mais Machados e outros tantos, já para deleite próprio. Passamos a trocar impressões literárias.

Incumbia-me o Ministro Sálvio de selecionar os servidores que seriam designados para trabalhar no gabinete, tendo eu recebido a instrução de que ele queria alguém sorridente e feliz. Preocupava-lhe o QE (quociente emocional), não o QI (quociente intelectual) do servidor, porque isso o concurso já se encarregou de medir. Ele queria gente alegre trabalhando com ele, pessoas que agregassem e não desestabilizassem o ambiente.

Toda vez que chegava ao gabinete, cujo espaço físico era a metade dos gabinetes do STJ de hoje, o Ministro fazia questão de cumprimentar todos os servidores pelo nome, e isso, sem dúvida, refletia-se no agradável clima de trabalho.

As festas de aniversário do Ministro eram um caso à parte. Reuníamos todos para comemorar o 5 de maio e ele fazia questão só de uma coisa, dizia Cleuza: o bolo tinha que fazer alusão ao clube de futebol do seu coração, o Atlético Mineiro. Antes de cantar os parabéns e de cortar o bolo de chocolate, decorado em preto e branco, o Ministro Sálvio enfiava o dedo indicador no bolo. Dizia sempre que era para dar sorte. Era fanático pelo Galo Vingador, como falava, e no gabinete havia inúmeras provas dessa paixão.

O Ministro era tão cativante que seus amigos de Belo Horizonte criaram a Sociedade dos Amigos do Sálvio (SAS), com o propósito de reunir todos. Arnaldo Oliveira, da Editora Del Rey, era o chefe da turma e se encarregava de marcar os encontros festivos para pôr a conversa em dia.

São tantas as lembranças... São muitas as lembranças!

[Sumário]

A aposentadoria trouxe o Ministro Sálvio para Belo Horizonte e, com isso, seus amigos puderam desfrutar dos interessantes e inúmeros casos que ainda tinha para contar. Alguns eram repetidos, mas estávamos lá para ouvir, quantas vezes fossem contados. O apartamento da rua Piauí ainda serviu de ponto de encontro por alguns anos. O que importava era estar perto do Ministro, desfrutando de sua energia, que, desde 15 de fevereiro de 2013, resplandece imaterialmente.

Esta homenagem que o Tribunal Regional Federal da 6ª Região presta ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, dando seu nome ao fórum federal de São João Del Rei, é por tudo isso, pelo homem, pelo juiz, pelo professor e pelo desbravador de políticas judiciárias que ele foi. Sua memória estará sempre viva para as gerações futuras.

Muito obrigado pela atenção, senhoras e senhores.

São João Del Rei, 10 de novembro de 2023.

[Sumário]