

REVISTA JURÍDICA

Direito, Justiça, Fraternidade
& Sociedade

Volume 1 | Nº 1 | 03-2025



SENTENÇA DO ZERO

ISSN 2965-7695



EQUIPE EDITORIAL

DIREÇÃO EDITORIAL

Dra Priscila Luciene Santos de Lima, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.

Esp Aline M. Klais, Sentença do Zero, Brasil.

Fabio Alfredo D. Jaensch, Sentença do Zero, Brasil.

Esp Fabiana Pinheiro Hammerschmidt, Sentença do Zero, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL

Dr Adilson Anacleto, Universidade Estadual do Paraná, Campo Mourão/PR, Brasil.

Dr Alcelyr Valle da Costa Neto, Instituto Superior do Litoral do Paraná - ISULPAR, Paranaguá/PR, Brasil.

Dr Antônio Valdeci Nobles, Universidade Estadual de Roraima - UERR, Boa Vista/RO, Brasil.

Dr Arlen José Silva de Souza, Universidade Federal de Rondônia - UNIR, Rondônia/RR, Brasil.

Dra Andréa Grandini José Tessaro, Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE, Joinville/SC, Brasil

Dra Claudia de Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil.

Dr Deilton Ribeiro Brasil, Universidade de Itaúna - UIT, Itaúna/MG, Brasil.

Dr Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba/PR, Brasil.

Dra Driele Aparecida Rossi, Faculdade Venda Nova do Imigrante - FAVENI, Venda Nova do Imigrante/ES, Brasil.

Dr Daniel Ferreira, Centro Universitário Internacional - UNINTER, Curitiba/PR, Brasil.

Dr Enoque Feitosa, Universidade Federal da Paraíba - UFPB, João Pessoa/PB, Brasil.

Dr Fábio Ramazzini Bechara, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dr Felipe Chiarello de Souza Pinto, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dr Fernando Gustavo Knoerr, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.

Ms Flávia Jeanne Ferrari, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.

Ms Gessuelyton Mendes de Lima, Universidade Federal do Paraná- UFPR, Curitiba /PR, Brasil.

Dra Hadassah Santana, Fundação Getúlio Vargas - FGV, Brasília/DF, Brasil.

Dr Heron Gordilho, Universidade Federal da Bahia - UFBA, Salvador/BA, Brasil.

Dr Ilton Garcia da Costa, Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Jacarezinho/PR, Brasil.

Dr João Marcelo de Lima Assafim, Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

Dra Josiane Rose Petry Veronese, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis/SC, Brasil.

Dr Kiwonghi Bizawu, Escola Superior Dom Helder Câmara - ESDHC, Belo Horizonte/MG, Brasil.

Dra Lorena de Melo Freitas, Universidade Federal da Paraíba - UFPB, João Pessoa/PB, Brasil.

Dr Lourenço de Miranda Freire Neto, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dra Luciana de Aboim Machado, Universidade Federal do Sergipe - UFSE, Aracaju/SE, Brasil.

Dra Mara Darcanchy, Centro Universitário FACVEST - FACVEST, Lages/SC, Brasil.

Dr Marcelo Antônio Theodoro, Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT, Cuiabá/MT, Brasil.
Dra. Maria Carolina Almendra de Freitas, Universidade Federal do Piauí - UFPI, Teresina/PI, Brasil.
Dra Mônica Celestino Santos, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.
Dr Paulo Roberto Barbosa Ramos, Universidade Federal do Maranhão - UFMA, São Luis/MA, Brasil.
Dra Raquel Duarte Hadler, Universidade de Campinas - UNICAMP, Campinas/SP, Brasil.
Dra Regina Vera Villas Bôas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP, São Paulo/SP, Brasil.
Dra Rita Margareth Costa Passos, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.
Dr Tiago Oliveira Moreira, Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, Natal/RN, Brasil.
Dr Valmir Cesar Pozzetti, Universidade Federal do Amazonas - UFAM, Manaus/AM, Brasil.
Dr Vladimir Passos de Freitas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, Curitiba/PR, Brasil.
Dra Viviane Côelho de Séllos-Knoerr, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.
Dra Zélia Luiza Pierdoná, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.
Dr Wagner Menezes, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo/SP, Brasil.
Dr Wanderson de Paula Pinto, Faculdade da Região Serrana - FARESE, Santa Maria de Jequitibá/ES, Brasil.
Dra Ynés da Silva Félix, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS, Campo Grande/MS, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL

Dr Alessandro Rosanó, Università di Padova, Itália.
Dr Angelo Viglianisi Ferraro, Università Mediterranea di Reggio Calabria, Itália.
Dr Antônio Sorella Castillo, Universidad Libre de Chiapas, México.
Dr Augustus Bonner Cochane III, Agnes Scott College, EUA.
Dra Beata Stepień Zalucka, University of Rzeszów, Polônia.
Dra Belíña Herrera Tapias, Universidad de la Costa (Barranquilla), Colombia.
Dr Carlos García Soto, Universidad Monteávila, Venezuela.
Dra Carolina Granja, Universidad Católica de Córdoba, Argentina.
Dr Eduardo Amorim, Universidad de Oviedo, Espanha.
Dr Eduardo Vera Cruz Pinto, Universidade de Lisboa, Portugal.
Dra Elizabeth Accioly Rodrigues da Costa, Universidade Europeia, Portugal.
Dr Fábio da Silva Veiga, Universidade Lusófona do Porto, Portugal.
Dr Fernando Hernández Fradejas, Università de Bologna, Itália.
Dr Gabriel Martín Rodríguez, Universidad Rey Juan Carlos, Espanha.
Dr Gonçalo S. de Melo Bandeira, Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Portugal.
Dr João Proença Xavier, Universidade de Coimbra, Portugal.
Dr Johannes San Miguel, Universidad de Guayaquil, Equador.
Dr Jorge Alfredo Arevalo, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.
Dr Justo Reguero Celada, Universidad de Salamanca, Espanha.
Dr Karlos Manuel Navarro Medal, Universidad Centroamericana de Nicaragua, Nicarágua.
Dra Laura Miraut Martín, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.
Dra Letícia Mirelli Faleiro e Silva, Universidad de Santiago de Compostela, Espanha.
Dr Marco Olivetti, Università LUMSA, Roma, Itália.

Dra Maria Camacho Zegarra, Universidad ESAN, Peru.

Dr Mauricio López Barrantes, Universidad de Costa Rica, Costa Rica.

Dra Mariusz Zalucki, AFM Krakow University, Polônia.

Dr Nuno Garoupa, Texas A&M University School of Law, EUA.

Dr Pablo Fernandez Garcia-Armero, Universidad Internacional de La Rioja, Espanha.

Dr Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño, Universidad de los Andes, Chile.

Dr Rubén Miranda Gonçalves, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.

Dr Rui Miguel Zeferino Ferreira, Universidad de Santiago de Compostela, Espanha.

Dra Tatiana Shirasaki, University of Wisconsin Law School Madison, EUA.

EDITORAÇÃO

Carlos Eduardo Caixa Barbosa, Sentença do Zero, Brasil.

Capa e Diagramação:

Di'Artes



ÍNDICE

PATRÍCIA ZANICOSKI; FLÁVIA JEANNE FERRARI; POLIANE LAGNER DE SILVEIRA

1. DESVIO DE VERBAS E EDUCAÇÃO INCLUSIVA: DESAFIOS PARA A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 07

EDIVALDO GOMES DA SILVA; DOUGLAS ANGELO FERRARI; PRISCILA LUCIENE SANTOS DE LIMA

2. SEGUNDO “PRIMEIRO EMPREGO” 23

TATIANA RIBEIRO SCHUCHOWSKY; KAREN PAIVA HIPPERTT

3. A RESPONSABILIDADE BANCÁRIA NA ERA DIGITAL: LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, GOLPES BANCÁRIOS E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR 60

ROSANE DE LIMA; ALCELYR VALLE DA COSTA NETO

4. A SAÚDE MENTAL DOS POLICIAIS MILITARES: “ESTADO DE ALERTA” 76

BARBARA LUCIA TIRADENTES DE SOUZA; ELISANGELA VEIGA PONTES; THALLES JAREHD TIRADENTES VAZ

5. A BALANÇA DA JUSTIÇA: PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DIGNIDADE HUMANA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 88

VANESSA HOFFMANN CORREA; JOSIANY FIEDLER VIEIRA

6. A LITERATURA MENOR DE CAROLINA DE JESUS: UMA LEITURA DA OBRA QUARTO DE DESPEJO 108

CAROLINE ALESSANDRA TABORDA DOS SANTOS DALLEGRAVE

7. ECONOMIA SOLIDÁRIA E NEGÓCIOS DE IMPACTO SOCIAL NO BRASIL 127

RICARDO PIMENTEL; ANDERSON FARIAS FERREIRA

8. PROMOÇÃO DA DIVERSIDADE, EQUIDADE E INCLUSÃO: UM ESTUDO NA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SECCIONAL PARANÁ 148

MARISA DA GRAÇA MORAIS VIEIRA; PATRÍCIA ANJOS AZEVEDO

9. O IMPACTO DA PANDEMIA NA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EM PORTUGAL 169

CAMILA STABACH MENDES; ANTONIO EVANGELISTA DE SOUZA NETTO

10. A MEDIAÇÃO À LUZ DAS TEORIAS HERMENÊUTICA FENOMENOLÓGICA E HERMENÊUTICA FILOSÓFICA 185



TATIANA SUPLICY BARBOSA; FABIO FERNANDES NEVES BENFATTI

11. TRIBUTAÇÃO DIGITAL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA A ERA TECNOLÓGICA.. 203

FLÁVIA JEANNE FERRARI; DOUGLAS ANGELO FERRARI

12. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME MILITAR DE FURTO DE MUNIÇÃO 222

PATRÍCIA ANJOS AZEVEDO; BRUNA VICENTE TEIXEIRA

13. SERÁ O ADICIONAL AO IMPOSTO MUNICIPAL SOBRE IMÓVEIS INCONSTITUCIONAL? 240



DESVIO DE VERBAS E EDUCAÇÃO INCLUSIVA: DESAFIOS PARA A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

EMBEZZLEMENT OF FUNDS AND INCLUSIVE EDUCATION: CHALLENGES FOR GUARANTEEING FUNDAMENTAL RIGHTS

Patrícia Zanicoski¹

Flávia Jeanne Ferrari²

Poliane Lagner de Silveira³

Resumo: O desvio de verbas públicas é um problema crônico que afeta diversos setores, incluindo a educação. Quando recursos destinados à educação inclusiva são mal administrados ou desviados, os direitos fundamentais de muitos cidadãos ficam prejudicados. Este artigo explora os desafios que o desvio de verbas impõe à educação inclusiva e como isso impacta a garantia dos direitos fundamentais. O artigo propõe uma série de medidas que poderiam ser adotadas para assegurar uso correto dos recursos, proteger direito à educação e por fim criar um governo mais claro responsável.

Palavras-Chave: Desvio de verbas; Educação Inclusiva, Direitos Fundamentais.

Abstract: The misappropriation of public funds is a chronic issue that affects various sectors, including education. When resources allocated to inclusive education are mismanaged or diverted, the fundamental rights of many citizens are compromised. This article explores the challenges that fund misappropriation imposes on inclusive education and how it impacts the protection of fundamental rights. The article proposes a series of measures that could be adopted to ensure the proper use of resources, protect the right to education, and ultimately create a more transparent and accountable government.

Keywords: Embezzlement of funds; Inclusive Education, Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

O desvio de recursos públicos constitui uma problemática significativa que impacta diversas áreas, inclusive a educação inclusiva. Esta forma de educação é um direito essencial assegurado por lei a todos os cidadãos, mas a gestão inadequada

¹ Aluna do Curso de graduação em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Ciência e Tecnologia do Paraná – UNIENSINO, Curitiba. Estagiária na Lagner Advogados Associados. Lattes: <https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=57606A91018A2E9929695C89B183832C><https://orcid.org/my-orcid?orcid=0009-0005-7183-324X>>. Email:zanicoskiadv@gmail.com

² Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba-UNICURITIBA. Possui especializações nas áreas de Educação 4.0; Direito Público; Direito Militar; Processo Civil; Direito Ambiental; Direito do Trabalho e Ministério Público - Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público - FEMPAR em parceria com a Universidade Positivo. Professora Universitária. Professora Contadista. Professora de pós graduação. Registro ORCID: 0000-0002-3990-7633. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1064406440921045>>.

³ Advogada, Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA - Buenos Aires, Argentina, Mestranda em Criminologia e Ciências Forenses pela UCES - Buenos Aires, Argentina.



de verbas pode comprometer sua implementação. Nesse contexto, surgem vários desafios para garantir que a educação inclusiva seja efetivamente respeitada como um direito básico.

O desvio de fundos destinados à educação inclusiva pode ter efeitos profundamente negativos. Recursos que deveriam ser investidos na adaptação de infraestruturas, contratação de especialistas e aquisição de materiais pedagógicos adequados podem ser mal direcionados, negando aos alunos com deficiência o acesso a uma educação de qualidade. Além disso, a falta de investimento na formação contínua de professores e na melhoria das escolas inclusivas dificulta a realização de práticas pedagógicas eficazes.

Outro obstáculo na garantia de direitos fundamentais para a educação inclusiva é a falta de transparência na administração dos recursos públicos. Sem uma prestação de contas eficiente, torna-se desafiador identificar e combater o desvio de verbas destinadas a essa área. A ausência de fiscalização rigorosa e de mecanismos eficientes de transparência contribui para perpetuar essa prática prejudicial, afetando não apenas alunos com deficiência, mas toda a sociedade.

A complexidade do sistema educacional e a necessidade de políticas públicas eficazes para a inclusão escolar também representam desafios significativos. Implementar práticas inclusivas exige um investimento estrutural e pedagógico considerável, que frequentemente não é priorizado devido à escassez de recursos ou má administração.

Frente a esses desafios, é crucial adotar medidas eficazes para combater o desvio de recursos destinados à educação inclusiva e assegurar a concretização desse direito fundamental. Promover a transparência na gestão dos recursos, fortalecer os mecanismos de fiscalização e valorizar a formação contínua de professores são ações essenciais para garantir uma educação inclusiva de qualidade.

O desvio de verbas e a gestão deficiente dos recursos públicos são obstáculos sérios para garantir os direitos fundamentais à educação inclusiva. Superar esses desafios requer um esforço colaborativo da sociedade, do governo e de todos os envolvidos na promoção da inclusão escolar. Apenas através do compromisso com a transparência, a responsabilidade e a valorização da educação inclusiva poderemos assegurar o pleno exercício dos direitos fundamentais para todos os estudantes, sem distinção.

1. IMPACTO DO DESVIO DE VERBAS NA EDUCAÇÃO INCLUSIVA

O desvio de fundos públicos destinados à educação inclusiva prejudica a execução de políticas e programas fundamentais para assegurar a igualdade de acesso à educação para todos os alunos. Esses desvios levam a uma infraestrutura insuficiente, escassez de recursos de apoio e falta de capacitação especializada para os docentes. Como resultado, estudantes com necessidades especiais frequentemente não obtêm o apoio necessário para se integrar totalmente ao contexto escolar, perpetuando as desigualdades e restringindo suas chances de crescimento pessoal e profissional.

A própria legislação brasileira tem mecanismos judiciais para garantir a transparência e uso correto de fundos públicos; exemplos incluem a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), as Leis de Acesso à Informação (LAI) e do Sistema de Controle Interno da União. No entanto, irremissível é encarar como emendar estas regras, devido à inutilidade delas. No que toca à responsabilidade e penalização de injustiças deve a supervisão ser melhorada para que os poderes a possam impor ainda mais severa. Este último conjunto de mecanismos é uma obrigação ligada à reforma do sistema legal e judicial de hoje no Brasil.

Davies Nicolas oferta a seguinte reflexão:

A discussão sobre o financiamento da educação estatal não ficaria completa se não relacionasse as responsabilidades educacionais das diferentes esferas de governo (o governo federal, o do Distrito Federal, os 26 governos estaduais e os mais de 5.560 municipais) com a sua disponibilidade de recursos (Davies, 2012).

O trecho destaca a importância de considerar como as responsabilidades educacionais são distribuídas entre as diferentes esferas de governo ao discutir o financiamento da educação pública no Brasil. Esta distribuição envolve o Governo Federal, o Distrito Federal, os governos estaduais e os governos municipais, que somam mais de 5.560 municípios (Davies, 2012).

Esses dados sugerem que uma análise completa do financiamento educacional deve incluir uma avaliação de como esses diferentes níveis governamentais são responsáveis pela educação e como eles alocam seus recursos financeiros para atender a essas responsabilidades. Isso implica que o financiamento da educação não é apenas uma questão de quanto dinheiro está disponível, mas também de como as

responsabilidades e recursos são organizados e distribuídos entre os diferentes níveis de governo (Davies, 2012).

Essa abordagem reconhece que cada nível de governo pode ter diferentes capacidades financeiras e prioridades, o que afeta diretamente a eficácia e a equidade no financiamento da educação. O autor destacou como elemento crucial que esta é uma perspectiva fundamentada em estudos prévios, proporcionando um entendimento mais amplo e contextualizada das complexas dinâmicas do financiamento educacional no país (Davies, 2012).

O propósito deste artigo é investigar como normas mais estritas podem beneficiar a educação pública, prevenindo o desvio de fundos e garantindo que os fundos destinados ao setor educacional cheguem aonde são mais necessários. Adicionalmente, será debatido o papel da lei no aprimoramento de mecanismos de controle e no estímulo a uma administração pública mais transparente e responsável. Tendo por fio condutor, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), nº 9.394/1996, que estabelece as regras e orientações que governam a educação no Brasil, abrangendo desde a educação infantil até o nível superior.

Refletindo sobre os aspectos fundamentais da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), a análise conduz para uma percepção de profundidade e a abrangência com que esta legislação estrutura a educação no Brasil (Cury, 2002. p. 168).

A LDB não apenas afirma a educação como um direito universal, mas também a assenta em princípios que promovem a igualdade de acesso e a continuidade na escola. Isso nos faz pensar sobre o impacto social e individual que a garantia desses direitos proporciona, especialmente destacando a liberdade para aprender, ensinar, investigar e compartilhar cultura, conhecimentos, arte e ideias. Esses princípios são vitais para formar cidadãos críticos e participativos (Cury, 2002. p. 170).

Ao examinar a estrutura dos níveis e modalidades educacionais, a LDB nos tramita por um percurso educacional que começa na Educação Infantil. Esta etapa inicial da educação básica, destinada a crianças até 5 anos, é crucial para o desenvolvimento integral dos pequenos, instigando os educadores a refletir sobre a importância de proporcionar experiências educativas ricas desde os primeiros anos de vida (Cury, 2002. p. 170).

O Ensino Fundamental, com sua obrigatoriedade e gratuidade, abrange 9 anos de formação para crianças a partir dos 6 anos. Esta etapa leva em conta a importância

de uma base educacional sólida e acessível a todos, garantindo não apenas a instrução básica, mas também o desenvolvimento de valores e cidadania (Cury, 2002. p. 170).

O Ensino Médio emerge como a fase final da educação básica, onde se consolidam aprendizagens e se prepara o estudante para os desafios do mercado de trabalho e da vida em sociedade. Este é um momento de profundas transformações e decisões, e conduz para a preparação para a vida adulta e o papel da escola em orientar escolhas (Cury, 2002. p. 170).

Por fim, a Educação Superior abarca cursos de graduação e pós-graduação, oferecidos por instituições de diversas naturezas — públicas privadas e comunitárias. Este nível nos leva a refletir sobre a democratização do acesso ao ensino superior e sua importância na formação de profissionais capacitados, críticos e inovadores (Cury, 2002. p. 171).

Em síntese, a LDB nos oferece um panorama amplo e estruturado da educação no Brasil, convidando-nos a refletir sobre sua implementação e impacto na sociedade. Ela nos desafia a considerar como podemos contribuir para a realização desses princípios e metas, garantindo que a educação continue a ser um direito efetivo e transformador para todos os cidadãos.

Merece destaque que a LDB aponta também para outros tipos de ensino como educação de jovens e adultos (EJA), educação especial, formação profissional e tecnológica, além da educação voltada para comunidades indígenas e quilombolas (Brzezinski, 2010).

A abrangência e a inclusão propostas pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) merecem destaque pelo seu reconhecimento e valorização de outros tipos de ensino além das tradicionais fases da educação básica. A LDB, ao contemplar a educação de jovens e adultos (EJA), a educação especial, a formação profissional e tecnológica, e a educação voltada para comunidades indígenas e quilombolas, demonstram um compromisso com a diversidade e a equidade na educação (Brzezinski, 2010).

A Educação de Jovens e Adultos (EJA) é um exemplo claro desse compromisso. Ela não apenas proporciona uma segunda chance para aqueles que, por diversas razões, não concluíram a educação básica na idade adequada, mas também simboliza o reconhecimento de que a educação é um direito contínuo, não restrito a uma faixa etária específica. Essa modalidade nos leva a refletir sobre a

importância de políticas educacionais que se adaptem às realidades dos indivíduos, oferecendo oportunidades de aprendizado ao longo da vida (Brzezinski, 2010).

A inclusão da educação especial na LDB reflete um avanço significativo na construção de uma sociedade mais inclusiva. Ao assegurar a integração e o atendimento educacional especializado para pessoas com deficiência, a legislação nos convida a repensar a educação como um espaço que acolhe e respeita as diferenças, promovendo o desenvolvimento pleno de todas as capacidades dos alunos (Brzezinski, 2010).

A formação profissional e tecnológica, por sua vez, é essencial em um mundo cada vez mais orientado por inovações e mudanças no mercado de trabalho. Ao incluir essa modalidade, a LDB ressalta a necessidade de preparar indivíduos não apenas para ocupar postos de trabalho, mas para serem agentes transformadores em seus campos de atuação (Brzezinski, 2010).

Por último, a educação voltada para comunidades indígenas e quilombolas é um reconhecimento poderoso da riqueza cultural e histórica dessas comunidades. Ao promover uma educação que respeite e valorize seus modos de vida e saberes tradicionais, a LDB nos desafia a contemplar a educação não apenas como um processo de transmissão de conhecimento, mas como um instrumento de valorização cultural e identidade.

Essas considerações evidenciam o quanto a LDB está alinhada com uma visão de educação como um direito humano fundamental, adaptável e inclusivo. Ela nos convida a refletir sobre como podemos continuar a construir um sistema educacional que realmente atenda às necessidades diversas de nossa população, promovendo uma sociedade mais justa e equitativa.

2. A RELAÇÃO ENTRE CORRUPÇÃO, GESTÃO PARTICIPATIVA E DIREITA FUNDAMENTAIS

O desvio de verbas educacionais está intrinsecamente ligado à violação dos direitos fundamentais. A educação é um direito humano básico reconhecido internacionalmente e garantido por diversas constituições ao redor do mundo, incluindo a do Brasil. Quando recursos são desviados, compromete-se o direito à educação de qualidade, ao mesmo tempo em que se agravam desigualdades sociais e econômicas. A corrupção desvia recursos que poderiam ser usados para reduzir

essas disparidades, privando indivíduos do acesso a oportunidades justas e igualitárias.

O autor, Edirauld de Mello, destaca as disparidades significativas nos custos por aluno em diferentes contextos educacionais no Brasil, com base em um estudo de Antonio Carlos Xavier e Emílio Sendim Marques. O trecho aponta as seguintes desigualdades:

O aluno da escola estadual custa 174% mais do que o da escola municipal; na escola estadual, o aluno da Região Sudeste custa 209% mais do que o da Região Norte; o aluno da escola estadual rural custa 46,7% mais do que o da escola estadual urbana; o aluno da escola municipal urbana custa 106,6% mais que o da escola municipal rural; o aluno da escola estadual urbana custa 138% mais que o da escola municipal rural; o aluno da escola municipal da Região Sudeste custa 508,4% mais que o da escola municipal da Região Norte; o aluno da escola municipal da Região Sul custa 216% mais que o da escola municipal da Região Norte (MELLO, 1989, p. 52).

Certamente, Mello em seu texto afirma que de acordo que o financiamento da educação não deveria depender da economia de seus Estados e municípios e nem o poder aquisitivo que ele possa proporcionar mais sim os recursos necessários para igualdade de todos (MELLO, 1989, p. 52).

As desigualdades mencionadas revelam variações substanciais nos gastos educacionais entre diferentes tipos de escolas (estaduais versus municipais), regiões geográficas e ambientes (rural versus urbano). O aluno de uma escola estadual custa significativamente mais (174%) do que um aluno de uma escola municipal. Isso pode indicar diferenças na alocação de recursos, salários de professores, infraestrutura ou outros fatores que influenciam os custos operacionais das escolas (MELLO, 1989, p. 52).

Dentro das escolas estaduais, o custo por aluno na Região Sudeste é muito maior (209%) do que na Região Norte. Similarmente, nas escolas municipais, o custo por aluno na Região Sudeste é exageradamente mais alto (508,4%) do que na Região Norte. Isso sugere desigualdades regionais significativas no investimento educacional, refletindo talvez diferenças na economia regional, prioridades governamentais ou a disponibilidade de recursos (MELLO, 1989, p. 52).

Os dados mostram que, nas escolas estaduais, o custo por aluno é mais alto no meio rural (46,7%) comparado ao urbano, enquanto nas escolas municipais, o custo é maior no meio urbano (106,6%) em relação ao rural. Essas discrepâncias podem estar relacionadas a desafios logísticos, como transporte, manutenção de



infraestrutura em áreas mais remotas, ou diferentes necessidades educacionais de cada ambiente (MELLO, 1989, p. 52).

Os custos por aluno em escolas estaduais urbanas são significativamente maiores (138%) que em escolas municipais rurais, e há grandes variações dentro das escolas municipais entre diferentes regiões, como o Sul e o Norte (216%) (MELLO, 1989, p. 52).

Essas estatísticas revelam um cenário desigual em termos de financiamento educacional, levantando preocupações sobre equidade e a eficácia do sistema em garantir uma educação de qualidade uniforme em todo o país. A análise sugere que há uma necessidade de políticas que abordem essas disparidades para assegurar que todos os alunos tenham acesso a recursos educacionais adequados, independentemente de sua localização ou do tipo de escola que frequentam.

A relação entre corrupção, gestão participativos e direitos fundamentais é um tema complexo e interconectado, que merece uma reflexão cuidadosa devido ao seu impacto profundo na sociedade (Stiglitz, 2003).

A corrupção é a prática de abuso de poder para ganho privado, e é um dos principais obstáculos ao desenvolvimento social e econômico. Em contextos onde a corrupção é prevalente, os recursos que poderiam ser investidos em serviços públicos essenciais como saúde, educação e infraestrutura são desviadas, comprometendo a efetivação dos direitos fundamentais (Tanzi e Davoodi, 1997).

Os autores destacam o impacto negativo da corrupção no desenvolvimento social e econômico de um país. A corrupção é descrita como um abuso de poder por parte de indivíduos em posições de autoridade, que utilizam sua influência para obter benefícios pessoais. Este comportamento desvia recursos que deveriam ser destinados a serviços públicos essenciais, como saúde, educação e infraestrutura. Tais desvios comprometem a capacidade do governo de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, como o acesso a cuidados de saúde adequados, educação de qualidade e infra-estrutura básica (Tanzi e Davoodi, 1997).

O argumento central é que a corrupção não apenas desperdiça recursos financeiros, mas também prejudica a confiança pública nas instituições, aprofunda desigualdades sociais e retarda o progresso econômico. Quando os recursos são mal utilizados, as populações mais vulneráveis são as mais afetadas, pois dependem fortemente de serviços públicos para suas necessidades básicas. Nesse sentido, Tanzi e Davoodi (1997) enfatizam que a corrupção é um dos maiores impedimentos

para alcançar um desenvolvimento equitativo e sustentável, sublinhando a necessidade de combater a corrupção para promover uma sociedade mais justa e funcional.

Para fomentar um ambiente onde os direitos fundamentais sejam respeitados e protegidos, é crucial combater a corrupção e promover uma gestão participativa. Isso pode ser alcançado por meio de reformas institucionais que garantam transparência, fiscalização rigorosa, engajamento cívico e educação para a cidadania.

Nesse sentido uma gestão participativa fomenta a administração participativa nas instituições de ensino públicas, estimulando a inclusão de educadores, estudantes e membros da comunidade nas decisões (Caldas e Picanço, 2019).

A gestão participativa é fundamental para garantir que as decisões políticas reflitam verdadeiramente as necessidades da população. Este modelo promove o engajamento cívico, incentivando os cidadãos a participarem ativamente do processo decisório. Quando os cidadãos estão envolvidos, há uma maior pressão por responsabilidade e uma administração mais ética e eficiente dos recursos públicos (Caldas e Picanço, 2019).

Transparência envolve disponibilizar informações para o público de forma clara e acessível, enquanto a fiscalização rigorosa refere-se a mecanismos de controle e auditoria eficientes (Caldas e Picanço, 2019).

A corrupção é vista como um dos principais entraves à realização dos direitos fundamentais, pois desvia recursos que poderiam ser investidos em serviços públicos essenciais. Para combatê-la, é necessário implementar reformas institucionais que promovam a transparência e a fiscalização rigorosa. Isso significa criar sistemas que permitam o monitoramento das atividades governamentais e a responsabilização de indivíduos corruptos.

3. EXEMPLOS DE BOAS PRÁTICAS E MEDIDAS DE COMBATE AO DESVIO DE VERBAS

Para combater o desvio de verbas e promover uma educação inclusiva eficaz, é vital implementar medidas de transparência e prestação de contas. Exemplos de boas práticas incluem a criação de sistemas de monitoramento de gastos públicos, auditorias regulares e a participação ativa da sociedade civil na fiscalização dos recursos destinados à educação. Iniciativas como portais de transparência e projetos

colaborativos entre governo, ONGs e comunidades podem ajudar a garantir que os fundos cheguem aonde são realmente necessários. Segundo (DAVIES, 2001c, p. 72).

A violação na área dos governos estaduais é realmente generalizada. Em relação à violação na área dos Municípios, o crime que está sendo cometido é monstruoso. Existe um artigo na Constituição atual, e nas constituições anteriores, que determina que, caso a prefeitura não destine um percentual para o ensino, deverá ser decretada a intervenção. Isso existe na legislação brasileira há quatro décadas e nunca houve caso de intervenção em nenhum Município brasileiro.

O autor destaca a gravidade e a extensão das violações legais, particularmente em relação à destinação de recursos para a educação por parte dos governos estaduais e municipais no Brasil. Enfatizando a generalização das violações. Nos governos estaduais, esse tipo de desrespeito às leis parece ser uma prática comum e disseminada, sugerindo uma falta de cumprimento sistemático das normas estabelecidas (DAVIES, 2001c, p. 72).

Nos governos municipais, a situação é descrita como ainda mais grave. Davies usa o termo "monstruoso" para sublinhar a seriedade do problema, indicando que os crimes cometidos nessa esfera são extremamente prejudiciais e descarados (DAVIES, 2001c, p. 72).

Apesar de existir uma previsão constitucional — tanto na constituição vigente à época quanto nas anteriores — que exige a destinação de um percentual específico do orçamento para a educação, e que prevê a intervenção estadual caso essa destinação não seja cumprida, essa regra não tem sido aplicada. O autor destaca que, apesar de essa legislação existir há quatro décadas, nunca houve intervenção em nenhum município por esse motivo. Isso aponta para uma falha na fiscalização e na aplicação das leis, permitindo que a legislação seja amplamente ignorada sem consequências (DAVIES, 2001c, p. 72).

Davies está criticando a ineficácia do sistema jurídico e administrativo brasileiro em garantir o cumprimento das disposições legais que asseguram financiamento adequado para a educação, e a falta de ações corretivas quando essas leis são violadas (DAVIES, 2001c, p. 72).

A Constituição Federal de 1988 do Brasil estabelece uma base sólida para a educação como um direito fundamental de todos os cidadãos. Através de seus artigos, ela delinea o papel crucial do Estado, da família e da sociedade na promoção de uma educação inclusiva e equitativa (BRASIL, 1988).



O Artigo 205 destaca que a educação é um direito universal e um dever tanto do Estado quanto da família, enfatizando a importância da colaboração da sociedade como um todo. Ele visa garantir o pleno desenvolvimento da pessoa, preparando-a não apenas para o exercício da cidadania, mas também para uma qualificação adequada ao mercado de trabalho. Essa abordagem holística reconhece a educação como uma ferramenta essencial para o progresso pessoal e social.

O Artigo 206 reforça o compromisso com a igualdade, estipulando que o ensino deve ser acessível a todos. A igualdade de condições para o acesso e permanência na escola é fundamental para assegurar que cada indivíduo tenha as mesmas oportunidades de sucesso, independentemente de sua origem socioeconômica.

O Artigo 208 detalha as responsabilidades do Estado em assegurar a efetivação da educação. Entre suas garantias, está o atendimento educacional especializado para pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino, promovendo a inclusão e evitando a segregação desses indivíduos. Além disso, este artigo assegura o atendimento em creches e pré-escolas para crianças de 0 a 6 anos, reconhecendo a importância da educação na primeira infância como base para o desenvolvimento contínuo.

Por fim, o Artigo 213 trata da destinação de recursos públicos para a educação, permitindo seu direcionamento a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, contanto que estas comprovem finalidade não lucrativa e reinvestam seus excedentes financeiros em educação. Isso promove uma gestão responsável dos recursos e assegura que eles sejam empregados integralmente no avanço educacional.

Esses artigos juntos reforçam o dever do Estado de garantir que os direitos educacionais não sejam violados ou negligenciados. Eles estabelecem uma estrutura para a proteção e promoção do direito à educação, assegurando que todos os membros da sociedade tenham a oportunidade de aprender e crescer em um ambiente justo e inclusivo. Ao enfatizar esses artigos a Constituição e seus intérpretes firmam o compromisso com uma educação de qualidade e equitativa, fundamental para o desenvolvimento sustentável do país.

A corrupção é um fenômeno global que pode prejudicar significativamente o desenvolvimento econômico, social e político de um país. No Brasil, o desvio de verbas é uma prática que tem afetado negativamente a eficácia das políticas públicas e a confiança da população nas instituições governamentais. Nesse contexto, é fundamental adotar boas práticas e medidas de combate ao desvio de verbas para

garantir a transparência, a prestação de contas e a integridade na gestão dos recursos públicos.

Uma das medidas mais eficazes para combater o desvio de verbas é a implementação de sistemas de controle e monitoramento rigorosos. Isso inclui a criação de órgãos de fiscalização independentes, aprofundamento da fiscalização interna nos órgãos públicos e a utilização de tecnologias de ponta para rastrear o uso dos recursos públicos. Além disso, é importante promover a transparência na gestão pública, disponibilizando informações sobre os gastos governamentais de forma acessível e compreensível para a população (Leal, 2020).

Outra boa prática para combater o desvio de verbas é a adoção de mecanismos de prevenção e punição eficazes. Isso inclui a implementação de códigos de conduta ética, a realização de capacitação em ética e integridade para os servidores públicos e a aplicação de sanções rigorosas para os responsáveis por desvios de verbas. Além disso, é importante incentivar a denúncia de práticas corruptas e garantir a proteção aos denunciantes (Leal, 2020).

Um exemplo de boas práticas na prevenção e combate ao desvio de verbas é o Programa de Integridade, instituído pela Lei Anticorrupção. Esse programa consiste na implementação de mecanismos internos de prevenção, detecção e remediação de atos corruptos nas empresas, com o objetivo de garantir a conformidade com a legislação anticorrupção e promover uma cultura organizacional ética e íntegra (Leal, 2020).

Além disso, a parceria entre o setor público e o setor privado também pode ser uma estratégia eficaz no combate ao desvio de verbas. A participação da sociedade civil, das empresas e das organizações não governamentais no monitoramento dos gastos públicos pode contribuir para a identificação e prevenção de práticas corruptas, além de fortalecer a transparência e a accountability na gestão dos recursos públicos (Leal, 2020).

Somente com a adoção de boas práticas e a promoção de uma cultura de integridade é possível garantir a eficiência e a legitimidade na gestão dos recursos públicos e combater eficazmente a corrupção (Leal, 2020). Em suma, o combate ao desvio de verbas requer a implementação de medidas preventivas, como sistemas de controle e monitoramento, mecanismos de prevenção e punição, programas de integridade e parcerias entre os setores públicos e privados.

4. O PAPEL DA SOCIEDADE NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A sociedade desempenha um papel vital ao engajar-se ativamente em processos democráticos, como eleições, consultas públicas, e referendos. A participação cívica garante que as vozes dos cidadãos sejam ouvidas e que suas necessidades e preocupações sejam consideradas na formulação de políticas.

Ao assumir esses papéis, a sociedade não apenas reforça a proteção dos direitos fundamentais, mas também fortalece o tecido democrático de uma nação. A colaboração entre cidadãos, organizações e o Estado é essencial para garantir que esses direitos não sejam apenas teóricos, mas uma realidade vivida por todos. A participação ativa e informada de todos os setores da sociedade é, portanto, fundamental para a construção de uma sociedade justa e equitativa (Silva et al., 2021).

A educação é uma ferramenta poderosa para capacitar as pessoas a reconhecerem e reivindicarem seus direitos. Organizações e instituições educacionais podem promover campanhas de conscientização que informem a população sobre os direitos fundamentais e a importância de sua proteção.

Nos dizeres de Amartya Sen:

[...] muitos tecnocratas da economia recomendam o uso de incentivos econômicos (que o sistema de mercado fornece) enquanto deixam de lado os incentivos políticos (que os sistemas democráticos poderiam garantir). Contudo, os incentivos econômicos, por mais importantes que sejam não substituem os incentivos políticos, e a ausência de um sistema adequado de incentivos políticos é uma lacuna que não pode ser preenchida pela operação de estímulos econômicos. Essa é uma questão importante porque o perigo da insegurança – que surge com mudanças nas circunstâncias econômicas ou em outras, ou ainda com erros de política não corrigidos – pode estar à espreita, por trás do que parece ser uma economia perfeitamente sadia. (SEN, 2000, p. 214-215)

Amartya Sen está argumentando que, enquanto os incentivos econômicos são importantes, eles não são suficientes por si só para garantir o funcionamento ideal de uma sociedade. Ele destaca a importância de também considerar os incentivos políticos, que são proporcionados por sistemas democráticos (SEN, 2000, p. 214-215).

Para ele existem incentivos econômicos e políticos. Os incentivos econômicos são os estímulos fornecidos pelo sistema de mercado, como recompensas financeiras e oportunidades de negócio, que podem motivar comportamentos desejados no contexto econômico (SEN, 2000, p. 214-215).

Por sua vez os incentivos políticos referem-se aos estímulos que podem ser oferecidos por um sistema político democrático, como participação cidadã, direitos civis e o desenvolvimento de políticas públicas que atendam às necessidades da população (SEN, 2000, p. 214-215).

Sen argumenta que, embora os incentivos econômicos sejam importantes, eles não podem substituir os políticos. Ambos os tipos de incentivos são necessários para um desenvolvimento equilibrado e sustentável.

A ausência de incentivos políticos adequados cria uma lacuna que os incentivos econômicos não conseguem preencher. Isto significa que políticas econômicas eficazes devem ser complementadas por um sistema político que incentiva a participação e o compromisso dos cidadãos (SEN, 2000, p. 214-215).

Sen alerta que, mesmo em uma economia que parece saudável, o perigo da insegurança pode estar presente. Este perigo pode resultar de mudanças econômicas inesperadas, circunstâncias externas, ou erros de política que não são corrigidos a tempo. Os incentivos políticos adequados que possibilitem correções oportunas e a adaptação às mudanças, uma economia pode parecer estável enquanto, na verdade, está vulnerável a crises subjacentes. Por fim, Sen está sublinhando a importância de um equilíbrio entre sistemas econômicos e políticos, onde ambos os tipos de incentivos devem ser considerados e integrados para garantir tanto a estabilidade econômica quanto a governança democrática eficaz (SEN, 2000, p. 214-215).

5. CONCLUSÃO

A sociedade desempenha um papel crucial na garantia dos direitos fundamentais e no combate à corrupção. O engajamento comunitário pode ocorrer através de movimentos sociais, pressão sobre autoridades públicas e participação em conselhos escolares. Educar e conscientizar a população sobre seus direitos e deveres é essencial para criar uma cultura de responsabilidade e transparência. Além disso, a promoção de um ambiente em que denúncias de corrupção sejam encorajadas e protegidas pode ajudar a identificar e prevenir o desvio de verbas, assegurando que a educação inclusiva seja uma realidade para todos.

A sociedade desempenha um papel importante na salvaguarda dos direitos fundamentais, agindo como uma força de supervisão, participação e apoio. Possuem algumas maneiras pelas quais podem contribuir para proteger e promover esses direitos:



A comunidade pode participar de conselhos municipais, fóruns e audiências públicas onde são discutidas políticas de saúde, educação, segurança etc. A participação ativa dos cidadãos ajuda a monitorizar as decisões, garantir a utilização dos recursos e exigir que as políticas respeitem os direitos de todos.

Também através de movimentos sociais, ONGs e coletivos, a sociedade pode pressionar os governos para implementarem políticas que protejam os direitos fundamentais. Campanhas de conscientização e defesa podem chamar a atenção para violações e gerar mudanças.

Os cidadãos podem monitorar serviços e denunciar violações como abuso de recursos públicos, discriminação e outras formas de violação de direitos. Ao utilizar as redes sociais e os canais públicos de denúncia, qualquer pessoa pode contribuir para aumentar a sensibilização para as questões e apelar à ação.

Tendo apoio e a participação de projetos e iniciativas comunitárias, como escolas comunitárias, clínicas móveis e programas de formação podem ajudar a preencher lacunas onde os governos possam ter dificuldade em agir. Esses projetos ampliam o acesso a direitos básicos como educação e saúde.

A sociedade pode usar e promover ferramentas de transparência, como portais de dados abertos e aplicativos de monitoramento de políticas públicas, para monitorar gastos públicos e aplicação de recursos. Isto incentiva a plena utilização dos recursos e a implementação de políticas destinadas a concretizar os direitos fundamentais.

Por fim, enfrentar o desvio de verbas no contexto da educação inclusiva é essencial para garantir os direitos fundamentais. A implementação de políticas eficazes, aliada a uma gestão transparente e ao engajamento ativo da sociedade, pode transformar a educação inclusiva em uma ferramenta poderosa para promover a igualdade e a justiça social.



REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. s.p.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 out.2024.

BRZEZINSKI, I. **Tramitação e desdobramentos da LDB/1996: embates entre projetos antagônicos de sociedade e de educação. Trabalho, Educação e Saúde**, v. 8, n. 2, p. 185–206, jul. 2010.

CALDAS, A. DO R.; PICANÇO, D. C. DE L.. **Os desafios da construção da gestão participativa na universidade. Educar em Revista**, v. 35, n. 75, p. 81–102, maio 2019.

CURY, C. R. J. **A Educação Básica no Brasil. Educação & Sociedade**, v. 23, n. 80, p. 168–200, set. 2002.

DAVIES, Nicolas. **Discussão sobre o financiamento da educação estatal. Revista Educação On-line PUC-Rio**, nº 10, p. 31-63, 2012. Disponível em: Favicon <http://www.maxwell.lambda.ele.pucRio.br/rev_edu_online.php?strSecao=input0>. Acesso em 06.11.2024.

LEAL, R. G.. **Controle de Integridade e Administração Pública: Sinergias Necessárias. Sequência (Florianópolis)**, n. 86, p. 148–169, set. 2020.

MELLO, Edirauld de. **Implicações do financiamento da educação na gestão democrática do ensino público de primeiro grau. Em Aberto, Brasília**, ano 8, n. 42, abr./jun. 1989.

SILVA, A. I. da; BERBERI, M. A.; DIAS, S. M. de O.; MARTINS, T. **Direitos humanos, educação, desenvolvimento e liberdade – um recorte sobre o fomento e administração pública. In: ASENSI, F.; FILPO, K. P. L.; BORSATO, L.; PIRES, T. (orgs.). Educação e desenvolvimento. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021. p. 92-105.**

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Cia da Letras, 2000.**

STIGLITZ, Joseph E. **El Rumbo de las Reformas. Hacia una nueva agenda para América Latina. Revista de La CEPAL, Santiago**, n. 80, agosto, 2003.



SEGUNDO “PRIMEIRO EMPREGO”

SECOND "FIRST JOB"

Edivaldo Gomes da Silva¹Douglas Angelo Ferrari²Priscila Luciene Santos de Lima³

Resumo: O presente artigo tem como objetivo, apontar meios de propiciar uma condição mais digna de vida aos que estão privados de liberdade, tanto nas prisões de regime fechado quanto nas do regime semiaberto, mas que deverão retornar à sociedade, tão logo quite sua dívida com a sociedade. Procurar demonstrar a viabilidade de oferecer trabalho aos indivíduos submetidos ao cumprimento de pena privativa de liberdade, tanto no regime fechado quanto no regime semiaberto. Apontar a possibilidade de trazer benefícios, para todos, presos, pessoas físicas ou jurídicas que estejam ou venham a se envolver com a causa. Buscar no meio público e também privado, ajuda para efetivação das práticas ressocializadoras tal como prevê a Lei de Execuções Penais, para que ao atingir a liberdade tenha condições de se posicionar profissionalmente no mercado de trabalho. Procurar meio de combate ao ócio, procurar dar oportunidade para que o apenado possa sair do sistema penal melhor do que entrou. Pois se está submetido ao tratamento carcerário significa que outros meios não foram eficazes para combater o crime, desta forma faz-se necessária uma reflexão. Quais meios pode a sociedade lançar mão para reverter este quadro. É o que pretende demonstrar o presente trabalho.

Palavras-Chave: Dignidade da pessoa humana. Ressocialização. Trabalho do preso. Parcerias.

Abstract: This article aims to point out ways to provide a more dignified living condition to those who are deprived of liberty, both in closed and semi-open prisons, but who should return to society as soon as they settle their debt to society. To seek to demonstrate the feasibility of offering work to individuals subjected to the execution of a custodial sentence, both in the closed and semi-open regimes. Point out the possibility of bringing benefits to all, prisoners, individuals or legal entities that are or

¹ Advogado com imersão na Harvard Business Review (HBR), atuante em casos de repercussão nacional. Possui vasta experiência no setor público e privado, com forte expertise em dinâmicas comerciais e conexões empresariais. Comunicador nato, especializado na interlocução entre empresas e o poder público. Colunista - "Papo Legal". Produção de conteúdos jurídicos e análises sobre temas relevantes no cenário nacional. Ex-Servidor Público da Secretaria da Justiça/PR. Atuação em políticas públicas e gestão jurídica. Ex-Diretor do Procon. Gestão e fiscalização de relações de consumo, com foco na defesa dos direitos do consumidor. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3832951297600676>.

² Possui graduação em Gestão Pública pelo Centro Universitário Internacional (2017), especialização em Direito público pela Faculdade Legale(2020), especialização em Segurança pública pela FACULDADE UNINA(2020) e especialização em Direito Penal e Processo Penal pela FACULDADE UNINA(2022). Atualmente é Policial Militar da Polícia Militar do Paraná. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6162042230506144>.

³ Realizando estágio Pós-doutoral no Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Pós Doutora em Novas Tecnologias e Direito pela Università Mediterranea di Reggio Calabria. Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora na Pós-Graduação Lato Sensu da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada. E-mail: pritysantoslima@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0798-2866>



will be involved with the cause. Seek in the public and private spheres, help to carry out resocializing practices as provided for in the Law of Penal Executions, so that when they reach freedom they are able to position themselves professionally in the labor market. Look for a way to combat idleness, try to give the convict the opportunity to leave the penal system better than he entered. Because if he is subjected to prison treatment it means that other means have not been effective to fight crime, so reflection is necessary. What means can society use to reverse this situation? This is what the present work intends to demonstrate.

Keywords: Dignity of the human person. Resocialization. Prisoner's work. Partnerships.

1. INTRODUÇÃO

O presente e modesto trabalho de conclusão de curso tem o objetivo de abordar algumas questões pontuais a respeito da vida na prisão, no tocante à realidade vivida por milhares de brasileiros (mais precisamente por 423 mil detentos nos presídios, segundo dados do Ministério da Justiça). Dados de 2008.

O número de encarcerados quase dobrou em relação aos 217 mil verificados no início da década. A cada dia entram cerca de 200 presos a mais do que os que saem das 1.150 prisões espalhadas pelo país. Outro dado preocupante para as autoridades é a elevada taxa de reincidência dos detentos brasileiros, uma das mais altas do mundo. De cada 10 que são soltos, pelo menos sete voltam à prisão. Já em 2010, o número de preso subiu para 496.251.

É preciso olhar para esse universo paralelo com mais acuidade, pois mesmo fora das ruas, o elemento submetido ao tratamento penal continua sendo um cidadão do ponto de vista sociológico.

Pode a sociedade contribuir para reverter o quadro caótico das prisões brasileiras. Com a mudança de pequenos pontos é possível restituir a dignidade dos apenados, tornar o trabalho na prisão menos tenso para os profissionais correccionais.

Assim, este trabalho tem por objetivo, percorrer sobre os fundamentos do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, apontando a necessidade de sua garantia aos encarcerados.

Também traz alguns breves relatos a respeito do trabalho e suas diversas conotações ao longo da história, apontando como pode o trabalho trazer utilidade ao preso e resgatar sua dignidade.

Resgata-se a possibilidade de remir o tempo de prisão por meio de trabalho trazendo à colação as principais vantagens obtidas por meio do trabalho oferecido ao preso, tanto para este como para o empregador, para o sistema e para a sociedade.

E principalmente, velar pela dignidade da pessoa humana, tendo está a posição de destaque em toda e qualquer política criminal.

2. ESTADO COMO GARANTIDOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O garantismo tem a função, segundo a Escola Superior do Ministério Público da União:

De garantir, que significa tornar seguro, assegurar, afiançar, tutelar algo. No contexto jurídico, quando se fala em garantismo, não é diferente. Refere-se a garantir, tornar seguro, tutelar algo. O objeto sob o qual recai a tutela são os direitos subjetivos ou a pretensão de acessar os bens da vida para satisfação das necessidades humanas. O garantismo é um sistema sócio-cultural que estabelece instrumentos jurídicos para a defesa dos direitos e conseqüente defesa do acesso aos bens essenciais à vida dos indivíduos ou de coletividades, que conflitem com interesses de outros indivíduos, outras coletividades e/ou, sobre tudo, com interesses do Estado.⁴

O agir do Estado deve estar de acordo com o que pretende a coletividade, como explica MALHADAS:

Foi necessário que a sociedade, o conjunto de homens organizados para convivência, decretasse suas próprias normas (trazendo para ela os princípios da moral, como o honeste vivere), estabelecendo limitações à liberdade individual, obrigações e proibições; mais do que isto, prevendo castigos imediatos (inclusive castigos físicos) a serem aplicados a quem desobedecesse a tais determinações. Surgiu a lei, o Direito objetivo. O direito não é apenas conjunto de normas.

Para criação destas é necessário observar o que pretende a coletividade que vão reger. De nada serve criar normas não coincidentes com o pensamento dominante da coletividade a que se destinam, pois só irão causar conflitos. É preciso estudar os anseios e modo de pensar da coletividade para transformá-los em lei.⁵

É da vontade dos homens que o Estado surge, e pra fazer valer esse anseio que o Estado deve se atentar.

É necessário, depois de estudar a lei, interpretá-la, analisar fatos e circunstâncias para fazer sua aplicação, porque a lei não é fôrma que se aplica à massa informe, para obter algo com aquele formato (como na moldagem de biscoito fantasia). Os atos humanos e as circunstâncias em que ocorrem não são massa, não admitem aplicação de fôrmas rígidas. É preciso, ao aplicar a lei, estudá-la, interpretá-la, examinar a situação concreta, para bem aplicá-la. Aí temos o direito ciência.⁶

⁴ <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Garantismo>. dia 14-11-2014>

⁵ MALHADAS, Júlio Assumpção, **Justiça do trabalho**, sua história, sua composição, seu funcionamento, volume I. Ltr São Paulo. 1998. p. 13

⁶ Id.



O Direito ciência como nas palavras de MALHADAS, deve ser bem analisado antes de sua aplicação, para não correr o risco de haver uma dissonância muito grande entre o Direito e o mundo concreto.

O Estado como garantidor da dignidade da pessoa humana, deve ter uma política voltada para o desenvolvimento social, visando minimizar as desigualdades sociais, preceito da Constituição Federal. Assim sendo, independente da condição em que se encontre o indivíduo, o Estado deve buscar sempre a dignidade da pessoa, pois no surgimento do Estado moderno esse era o grande nirvana a ser alcançado como demonstra a obra de Jean Jacques Rousseau:

A sociedade pereceria caso o estado primitivo subsistisse, desta forma observando a quase impossibilidade da sociedade prosperar numa situação em que cada indivíduo deve manter-se como puder, numa sociedade individualista, onde seria cada um por si. Surge então a idéia de unir força para que todos tenham mais garantia de conseguir, e ou para manter o que lhe seja necessário a uma vida plena, dessa união surge o pacto social, situação em que cada membro da sociedade entrega parte do que possui, inclusive de sua liberdade em troca de proteção de um Estado, que em tese tem o dever assegurar essas ambições populares. Cada um entrega de acordo com a sua capacidade, uma parte do que produz afim de produzir bens comuns, que serão administrados pelo Estado.⁷

Ensina-nos as palavras de BECCARIA, no que se refere ao cumprimento de preceitos esperados do Estado, como fora mencionado na obra de ROUSSEAU, que Estado deve ser exemplo pois: “a violação, mesmo de um único pacto, começa a autorizar a anarquia”⁸.

Como o Estado manifesta a vontade, de querer, de proteger e de fomentar a paz social, que deve ser o fim do Estado, não o fim como expressão de terminar com o Estado, mas como fim teleológico, fim para o qual fora criado, deve-se unir esforços para atingir o bem comum, que deveria ser a finalidade do Estado.

Neste sentido já dissertou ROUSSEAU: “Se o Estado ou a Cidade não constitui senão uma só pessoa moral, cuja vida consiste na união de seus membros, e se o mais importante de seus cuidados é aquele de sua própria conservação”[...]”⁹.

⁷ O CONTRATO SOCIAL, PRINCIPIOS DO DIREITO POLÍTICO, JJ ROUSSEAU, Martins fontes, São Paulo 2003

⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. SP: Martins Fontes 2002.p 44.

⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato Social**. SP: Martins fonte 2003. p.38 e 39.

Como visto nas palavras de ROUSSEAU, o Estado e as pessoas constituem uma só pessoa moral, sendo desta forma, igualmente uma só vontade. Diógenes pontua de forma relevante o querer do Estado, que nada mais é que próprio reflexo da vontade das pessoas:

Sempre foi preocupação dos estudiosos saber qual é a natureza da relação que verifica a vontade do órgão e a do agente público. A primeira idéia foi a da representação. Pensou-se que os agentes públicos fossem representantes do Estado e que desempenhavam um mandato. Tal doutrina não vingou. A representação supõe duas vontades e duas pessoas distintas: o representante e o representado. O Estado não tem outra vontade se não a do próprio agente público, decorre daí uma série de conseqüências que inviabilizam por completo esse entendimento.

O que se tem, na verdade, é uma relação de imputação. O querer e o agir dos agentes são imputados ou atribuídos diretamente ao Estado. São tidos como do próprio Estado, não de alguém diferente dele. O que o agente público quer ou faz, desde que no exercício de sua atividade funcional, entende-se ser o desejo ou a atuação do Estado naquele momento, ainda que o agente público haja querido ou agido mal. O que o agente público quis é o que quis o Estado. Não há pois, agente público e Estado desempenhando as funções de representante e representado, mas uma só unidade.¹⁰

Como demonstrado na citação acima, inexistem funções de representantes e representados, o que existe na realidade é uma unidade.

2.1 Dos deveres dos direitos e da disciplina

A legislação que pauta a conduta do Estado e dos apenados deixa clara a intenção de se preservar direitos aos encarcerados, deve o Estado que submete o cidadão descumpridor da lei, não tráfegar pela mesma via deste. O Estado cumprindo sua parte no pacto social estará preservando direitos, entre eles o da dignidade da pessoa Humana.

Da mesma forma a legislação penal traz previsão à conduta do encarcerado, cabendo ao Estado fazer sua Parte e então cobrar a do apenado, a função do Estado teria esse duplo sentido, o cobrar do Estado não seria uma faculdade.

Segundo a Lei 7.210 sancionada em 11 de julho de 1984, “Lei de Execução Penal”:

Art. 38. Cumpre ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena.

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;

II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;

¹⁰ GASPARINI, Diógenes, **Direito Administrativo**, 8ª ed revista e atualizada. Saraiva, 2003. p. 47.

III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
VI - submissão à sanção disciplinar imposta;
VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;
VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
X - conservação dos objetos de uso pessoal.
Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo.

2.2 Dos direitos

Neste ínterim fica evidente a preocupação de preservar direitos, e estes artigos são exemplificativos e não encerram todos os direitos dos quais o sujeitos devem se beneficiar:

Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.
Art. 41 - Constituem direitos do preso:
XI - alimentação suficiente e vestuário;
XII - atribuição de trabalho e sua remuneração;
XIII - Previdência Social;
XIV - constituição de pecúlio;
XV - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
XVI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
XVII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
XVIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
XIX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
XX - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
XXI - chamamento nominal;
XXII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
XXIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
XXIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
XXV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
XXVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003)
Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.
Art. 42 - Aplica-se ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança, no que couber, o disposto nesta Seção.
Art. 43 - É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento.
Parágrafo único. As divergências entre o médico oficial e o particular serão resolvidas pelo Juiz da execução.

2.3 Da disciplina

A disciplina exigida do apenado tem o condão de ressocializá-lo, e não torná-lo um fantoche na mão do Estado. De acordo com os artigos 44 e seguintes da Lei de execução penal:

Art. 44. A disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho.

Parágrafo único. Estão sujeitos à disciplina o condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e o preso provisório.

Art. 45. Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar.

§ 1º As sanções não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado.

§ 2º É vedado o emprego de cela escura.

§ 3º São vedadas as sanções coletivas.

Art. 46. O condenado ou denunciado, no início da execução da pena ou da prisão, será cientificado das normas disciplinares.

Art. 47. O poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares.

Art. 48. Na execução das penas restritivas de direitos, o poder disciplinar será exercido pela autoridade administrativa a que estiver sujeito o condenado.

Parágrafo único. Nas faltas graves, a autoridade representará ao Juiz da execução para os fins dos artigos 118, inciso I, 125, 127, 181, §§ 1º, letra d, e 2º desta Lei.

Antes de comentar acerca dos direitos e deveres do preso, trazidos pela legislação supra-citada, faz-se necessário um breve comentário a respeito dos regimes ao qual o cidadão privado da sua liberdade, e ou, privado de alguns direitos, deve submeter-se para o cumprimento da pena.

De acordo com Jason Albergaria, “os regimes previstos no código penal e na LEP são aplicados de acordo com os novos estabelecimentos e órgãos instituídos pela lei penitenciária, como a penitenciária, a colônia agrícola ou industrial e a casa do albergado[...]”.¹¹

A classificação desses regimes ocorre da seguinte forma, segundo traz a obra de ALBERGARIA:

Segundo a LEP, o regime fechado se cumpre em penitenciária (art. 86). O regime fechado ocupa o primeiro estágio da progressão vertical. É antecedido pelo exame criminológico e pela classificação penitenciária. Estão destinados ao regime fechado os condenados classificados no grupo dos dificilmente recuperáveis, isto é, os de fraca adaptabilidade e elevada capacidade criminal.

¹¹ ALBERGARIA, Jason. **Das Penas e da Execução penal**. 3ª Ed. DEL REY, Belo Horizonte 1996. p. 34/35.

No tratamento em meio fechado, os condenados às diferentes atividades do processo de ressocialização: **trabalho**, instrução, religião, recreação e esporte.

No regime fechado, será maior o empenho da equipe interdisciplinar, em razão da oposição inicial e da adesão voluntária ao processo de reeducação. Será também necessária a colaboração da pastoral penitenciária. Nessa fase devem ser mais freqüentes as visitas do juiz e dos órgãos da execução penal. Terão acesso à segunda fase da progressão vertical os condenados que aderiram ao tratamento, com a decisão do juiz fundada na proposta da comissão técnica de classificação e conclusão do exame criminológico[...] ¹² (grifou-se)

Faz-se necessária aqui algumas sérias observações no tocante ao **grupo dos dificilmente recuperáveis, fraca adaptabilidade e elevada capacidade criminal**. Os critérios a serem observados são os objetivos legais, e não subjetivos, como quer o texto acima. Entendimento já abarcado pela jurisprudência pátria: (grifou-se)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. REGIME INICIAL.

I- Na determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve-se ter em consideração, além da quantidade de pena aplicada (§ 2º do art. 33 do CP), também as condições pessoais do réu (§ 3º do art. 33 c/c art. 59 do CP), sendo vedado, em regra, considerar apenas a gravidade do crime em si e a genérica, e não fundamentada, periculosidade do agente. II- Incompatibilidade da fixação do regime inicial fechado se a quantidade de pena imposta permite seja estabelecido o semi-aberto e as circunstâncias judiciais, na determinação da pena base, foram consideradas na r. sentença condenatória como favoráveis ao réus. (Precedentes)". (HC 11946, Rel. Ministro Félix Fischer, 5a turma - votação unânime - STJ - DJ 19.06.2000) ¹³

Há, no entanto, menção de grande relevância ao tema deste trabalho a questão onde se refere à colaboração. Ao aderir o tratamento penal sem oposição, poderá o condenado ter acesso à segunda fase da progressão vertical. No caso em comento, aderir ao tratamento seria submeter-se ao previsto na LEP retro citado, que tem como um dos elementos o trabalho.

Regime semi-aberto, continua ALBERGARIA:

O Regime semi-aberto consiste na segunda fase da progressão vertical. Nessa fase, o condenado já manifestou o seu consentimento, ao aderir voluntariamente ao processo de ressocialização. É maior o contato pessoal do condenado com o educador e o pessoal penitenciário. Verifica-se a opção do interno pela mudança de seu comportamento.

No regime semi-aberto, a vida em comum dos grupos e as atividades do processo de reeducação se desenvolvem na instituição, mas há contato com o exterior, como prevê o artigo 35 em seu parágrafo único. **O trabalho**

¹² Ibid. p.36.

¹³ <<http://iddd.org.br/jurisprudencia/show/22>, acesso em 19-10-2024>



externo, a frequência a cursos de instrução escolar e profissional e outras atividades de reinserção social deverão executar-se segundo as técnicas do trabalho social. funcionário qualificado deverá orientar e assistir o probacionário no emprego, na escola e na família. As atividades de semiliberdade estão subordinadas à supervisão do juiz responsável pelo contato do preso com o mundo exterior.¹⁴ (grifou-se)

Existe ainda o regime aberto, que tem como caráter precípua a reinserção do apenado. Como discorre ALBERGARIA:

O regime aberto ocorre em duas hipóteses. Como terceira fase da progressão vertical e como afetação direta pelo juiz criminal, no caso do artigo 33, § 2º, letra c, do código penal. No regime aberto, propõe-se a realização intensiva da formação escolar e profissional e a reinserção social progressiva, notadamente a reinserção profissional. O acesso da segunda fase para a terceira fase dependerá de decisão do juiz, proposta da comissão técnica de classificação e indicação do exame criminológico. Na hipótese da afetação direta pelo juiz criminal, supõe-se a primeira seleção dos candidatos ao regime aberto, segundo o estudo de sua personalidade para evitar a reincidência e proteger a sociedade. Não é aconselhável esse regime para o reincidente, o instável, o indisciplinado e o homossexual.¹⁵

Faz-se necessário uma observação ao comentário do ultimo parágrafo do texto anterior, que é a flagrante discrepância entre o comento e os preceitos legais e constitucionais das liberdades e garantias, já aduzidas no início deste trabalho, pois toda forma de discriminação deve ser evitada.

É de grande importância ter em mente que a única coisa a ser tirada do condenado pela justiça e o direito de ir e vir, e não suas convicções, porque estas são exatamente as características que forma o acervo cultural de cada indivíduo, tornando-o digno de ser chamado assim.

Adentrando enfim à questão de direitos e deveres do preso.

O artigo seguinte trata de maneira certa a complexa questão, talvez não de ordem teórica, mas sim de ordem fática. Os direitos e deveres do preso diante do exercício administrativo do Estado de impulsionar o aparelho público destinado ao resgate de presos e valores sociais:

Como atividade complexa que é, em todos os sentidos, a execução penal pressupõe um conjunto de deveres e direitos envolvendo o Estado e o condenado, de tal sorte que, além das obrigações legais inerentes ao seu particular estado, o condenado deve submeter-se a um conjunto de normas de execução da pena. Referidas normas, traduzidas em deveres, representam, na verdade, um código de postura do condenado perante a

¹⁴ ALBERGARIA, Jason. **Das Penas d da Execução**, 3ª ed, DEL REY, Belo Horizonte-1996. p. 36/37

¹⁵ Id.

Administração e o Estado, pressupondo formação ético-social muitas vezes não condizente com a própria realidade do preso. Paralelamente aos deveres há um rol de direitos do preso. A execução penal, no Estado Democrático de Direito, deve observar estritamente os limites da lei e do necessário ao cumprimento da pena.¹⁶

Situações anômalas acabam por diminuir a segurança jurídica, o Estado deve zelar pelo cumprimento do que prevê as legislações atinentes, considerando o caso peculiar de cada detento.

O Estado deve tomar o cuidado de não exceder o que a legislação preconiza, sob o risco de ferir direitos “Tudo o que excede aos limites contraria direitos. Nos termos do art. 41 da Lei de Execução Penal (7.210/84), são direitos do preso”.¹⁷

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

- I - alimentação suficiente e vestuário;
 - II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
 - III - Previdência Social;
 - IV - constituição de pecúlio;
 - V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
 - VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
 - VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
 - VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
 - IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
 - X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
 - XI - chamamento nominal;
 - XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
 - XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
 - XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
 - XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
 - XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.
- Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.
- Art. 42 - Aplica-se ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança, no que couber, o disposto nesta Seção.

É conveniente dizer, que o artigo 41 da Lei de Execução Penal menciona um rol de direitos da pessoa presa, no entanto não deve ser interpretado de maneira taxativa, e sim de maneira exemplificativa, pois não se esgota no ali contido, os direitos do preso.

¹⁶ <<http://www.webartigos.com/artigos/direitos-e-deveres-do-preso/10471>, dia 14-10-2024>

¹⁷ <<http://www.webartigos.com/artigos/direitos-e-deveres-do-preso/10471>, dia 14-10-2024>

Como se vê nas palavras de Ailton Henrique DIAS:

É bem verdade que o artigo 41 estabelece um vasto rol onde estão elencados o que se convencionou denominar direitos do preso. Quer nos parecer, entretanto, que referido rol é apenas exemplificativo, pois não esgota, em absoluto, os direitos da pessoa humana, mesmo daquela que se encontra presa, e assim submetida a um conjunto de restrições. Também em tema de direitos do preso, a interpretação que se deve buscar é a mais ampla no sentido de que tudo aquilo que não constitui restrição legal decorrente da particular condição do sentenciado, permanece como direito seu. Sabe-se ainda que a execução penal reclama observância a princípios como o do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal etc. Daí decorre a indispensável presença de um advogado no processo executivo, atuando na defesa dos interesses do executado, ao lado do Ministério Público, que aqui atua como fiscal da Lei (art. 67 da Lei de Execução Penal).¹⁸

Dentre direitos e deveres do preso destaca-se o trabalho, pois este constitui um binômio obrigatoriedade/direito, como preceitua a lei de execução penal, capítulo III: O trabalho do preso terá finalidade educativa e produtiva, é dever social e condição de dignidade.

Se o trabalho do preso está posto na lei como binômio, direito dever. Caberá ao Estado criar meios para a realização de tal previsão, pois é pelo trabalho uma das vias de resgate, e ou preservação da dignidade da pessoa do preso

2.4 A relação entre trabalho e dignidade do egresso

Muito bem estudada e argumentada está a obra do Dr MAIA NETO: o preso está sujeito ao trabalho como **condição à dignidade** e também ao que se refere à sua reeducação e a produção, o trabalho do preso será sempre remunerado, e o ganho auferido com este trabalho terá como fim constituir pecúlio para que ao sair da prisão o egresso possa contar com uma poupança capaz de lhe manter até colocar-se no mercado de trabalho novamente, este dinheiro poderá ainda pagar despesas decorrentes do crime se determinado na sentença, desde que de outra forma não o fez o condenado, servirá para custear o gasto com a execução da pena, e nunca será inferior três quartos do salário mínimo. (grifou-se)

O trabalho do preso não está sujeito as normas da CLT, no entanto deve se buscar sempre a proteção do trabalhador no que diz respeito a segurança na execução laborativa. As tarefas executadas como prestação de serviço à comunidade não serão remuneradas. A lei de execução penal prevê a possibilidade de trabalhos

¹⁸ <<http://www.webartigos.com/artigos/direitos-e-deveres-do-preso/10471>, acesso em 14-10-2024>



aos condenados a pena de reclusão, e aqui cabe uma análise extensiva em boa parte, pois seria injusto conceder essa possibilidade ao condenado pelo crime mais grave e não ao condenado ao regime semiaberto ou aberto.

Um ponto de relevância abordado pelo autor é a questão da inconstitucionalidade da lei que atribui o valor de três quartos do salário, vez que própria constituição veda o recebimento de valor inferior ao mínimo, assim como também é inconstitucional a fixação do salário mínimo de trabalhadores livres, que ao previsto na Carta Magna deveria atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família, com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

O trabalho terá também o objetivo educativo, de dar a oportunidade ao condenado de aprender um ofício durante o período em que estiver com privação de sua liberdade.

O preso terá todos os benefícios da Previdência social, o trabalho não deve constituir uma pena acessória ao condenado, estando vedado o trabalho forçado. As condições de trabalho no interior das unidades penais, obviamente que aqui se fala do trabalho interno, devem ser na medida do possível as mesmas condições que dispõem empresas que desenvolvem atividades extramuro, zelando sempre pelo bem estar do trabalhador, oferecendo-lhe todas as condições de segurança, seja contra acidentes de trabalho, seja para prevenção de danos à saúde pela ergonomia de equipamentos, boas condições de higiene, e integração com os demais trabalhadores do canteiro, que pode tanto ser preso como pode ser um servidor do Estado, ou ainda um trabalhador da empresa que disponibiliza trabalho aos presos.

Todos possuem o direito e dever ao trabalho de acordo com suas aptidões físicas e mentais, os maiores de sessenta anos podem solicitar ocupação adequada à sua capacidade laborativa, os doentes mentais também poderão exercer alguma atividade desde que de acordo com o perfil, de maneira a não expor a risco tanto o internado quanto aos demais servidores engajados nesta política. O trabalho externo será possível aos reclusos em regime fechado, somente em obras públicas realizadas por órgãos da administração direta ou indireta, ou entidade privada, desde sejam observadas regras de segurança, bem como as de disciplina. Prestação de trabalho externo está condicionada a autorização da direção da unidade, e dependerá de



aptidão disciplina e responsabilidade e do cumprimento mínimo de um sexto da pena. Cada obra poderá contar com no máximo dez por cento de mão de obra de presos¹⁹.

3. TRABALHO DO PRESO

A constituição federal traz de maneira límpida o direito ao trabalho como se vê, no art 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Não sendo o trabalho um direito do preso, atingido pela condenação e sendo ainda assegurado na lei especial 7210/84 Art. 28: “O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”, torna se perfeitamente viável implementação de meios para se fazer valer o contido na legislação pátria, pelo princípio da legalidade.

3.1 Trabalho. Breves relatos históricos

Os relevos trabalhistas e seus entornos até a Idade Moderna por Segadas Vianna:

A escravidão. O homem sempre trabalhou; primeiro para obter seus alimentos, já que não tinha outras necessidades em face do primitivismo de sua vida. Depois quando começou a sentir de se defender dos animais ferozes e outros homens [...].

Nos combates que travava com seus semelhantes, pertencentes à outras tribos, terminada a refrega, acabava de matar os adversários que tinham ficado feridos, para devorá-los ou para se libertar dos incômodos que ainda podiam provocar.

Depois compenetrando-se de que, em vez de liquidar os prisioneiros, era mais útil escravizá-los para gozar de seu trabalho.²⁰

Com o passar do tempo, os mais fortes que conseguiam fazer o maior número de prisioneiros começaram a comercializá-los, tomando essa prática um grande vulto, com adesão de muitos povos.

A escravidão entre egípcios gregos e romanos era algo normal, os senhores donos desses escravos, tinham escravos de toda ordem de trabalhador, como músico, pastor, gladiador, entre muitos outros. Nesta época a escravidão era algo, que além

¹⁹ MAIA NETO, Cândido Furtado, **DIREITOS HUMANOS DO PRESO**, Lei de execução penal – lei nº 7210/84. Forense. 1998. p. 64-76

²⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANA, Segadas. TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 19 EDIÇÃO, São Paulo LTr 2000. P. 27

de normal, era também necessária. A escravidão resistiu ao longo da história, inclusive na idade moderna, com a queda de Constantinopla. Os povos do velho mundo com suas navegações e descoberta da América, iniciaram uma nova forma de escravidão, desta vez, as vítimas foram negros e indígenas. Porém essa política escravocrata sofreu um grande golpe com a revolução francesa que proclamou a indignidade da escravidão.²¹

Após a revolução francesa, a preocupação é tornar as relações sociais mais igualitárias, passando então de maneira paulatina a inibir a prática da escravidão. Desempenhando o Estado um papel de controle:

O Estado como órgão de equilíbrio. Começaria o Estado dessa maneira, a limitar a defrontar, a destruir a diferença entre classes e grupos, a fazer sobressair o interesse coletivo, tornando relativo o direito individual, limitando seu exercício quando ele contrariasse o interesse da sociedade[...] Passava o Estado a exercer sua verdadeira missão, como órgão de equilíbrio, como orientador da ação individual, em benefício do interesse coletivo, que era, em suma, o próprio interesse estatal.²²

Assim sendo até os dias atuais, a população espera do Estado regulação de direitos e não violação.

Acerca da origem do trabalho nos dizeres de MARTINS, citando o livro bíblico GÊNESIS:

Inicialmente, o trabalho foi considerado na bíblia como castigo. Adão teve de **trabalhar para comer** em razão de ter comido do fruto proibido (Gênesis,3). O trabalho vem do latim tripalium, que era espécie de instrumento de tortura três paus ou uma canga que pesava sobre os animais.²³ (grifou-se)

Ainda para MARTINS:

A primeira forma de trabalho foi a escravidão, em que o escravo era considerado apenas uma coisa, não tendo qualquer direito, muito menos trabalhista. O escravo portanto não era considerado sujeito de direito, pois era propriedade do *dominus* [...]. Num terceiro plano, encontradas as corporações de ofício, em que existiam três personagens: os mestres, os companheiros e os aprendizes

²¹ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 28.

²² *ibid.* p.38/39.

²³ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho** 26ª ed. atualizada até 5-1-2010, São Paulo. Atlas 2010. p. 4



No início das corporações de ofício, só existiam dois graus: mestres e aprendizes, no século XIV surge o grau intermediário dos companheiros.²⁴

Na citação acima fica evidenciada a importância que o trabalho passou a adquirir ao longo da história.

Num momento seguinte, época do feudalismo os trabalhadores usavam as terras dos senhores feudais e em contrapartida davam parte de sua produção, pelo uso do solo e também em busca de proteção, seja política ou militar. O trabalho nessa época ainda que de maneira mais mitigada era considerado castigo, e os nobres não trabalhavam.²⁵

Com a revolução industrial o trabalho tomou mais uma vez outro enfoque:

A revolução industrial acabou transformando o trabalho em emprego, os trabalhadores de maneira geral, passaram a trabalhar por salários. Com a mudança, houve uma nova cultura a ser aprendida e uma antiga a ser desconsiderada.²⁶

Continua Martins na conceituação de direito do trabalho no tocante aos aspectos subjetivos e objetivos:

Os conceitos do direito do trabalho podem compreender os seguintes aspectos: (a) subjetivos, em que se verificam os tipos de trabalhadores. Alguns autores entendem que seriam todos os trabalhadores e outros apenas trabalhadores subordinados; (b) objetivos em que será considerada a matéria do direito do trabalho e não os sujeitos envolvidos. Para alguns autores diria respeito a todas as relações de trabalho, enquanto outros afirmam que compreenderia apenas a relação de trabalho subordinado; (c) mistos, abrangendo pessoas e objetos.²⁷

Ainda Martins sobre o conjunto de principais.

Direito do trabalho é o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas.²⁸

²⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho** 26ª ed. atualizada até 5-1-2010, São Paulo. Atlas 2010. p. 4

²⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho** 26ª ed. atualizada até 5-1-2010, São Paulo. Atlas 2010. p. 5

²⁶ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho** 26ª ed. atualizada até 5-1-2010, São Paulo. Atlas 2010. p. 5

²⁷ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho** 26ª ed. atualizada até 5-1-2010, São Paulo. Atlas 2010. p. 5

²⁸ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho** 26ª ed. atualizada até 5-1-2010, São Paulo. Atlas 2010. p. 16

É clara a idéia de assegurar aos indivíduos, não só o trabalho como também boas condições de trabalho.

O trabalho tem inegável importância social, e o sistema prisional não está excluído do corpo social, desta maneira é necessário alongar o entendimento sobre o trabalho a fim de introduzi-lo neste meio. Tanto é que a própria legislação prisional aborda o tema. O direito ao trabalho previsto na lei de execução penal no capítulo III, seção I, onde diz que todos os direitos são assegurados ao preso com exceção aos atingidos pela pena, nesta linha escreve Carmem Sílvia de Moraes BARROS Defensora Pública do Estado de São Paulo:

É tarefa do direito penal, a busca pela harmonia social, procurar proteger a ordem e garantir a paz na comunidade, sem portanto distinguir esse ou aquele indivíduo, primando pela auto realização do ser social. Deve o direito penal procurar seguir e fazer valer os preceitos fundamentais abarcados pela constituição federal do Brasil, com a finalidade de evitar os excessos punitivos.²⁹

A dignidade da pessoa humana deve ocupar a parte mais alta da ordenação democrática, não deve o Estado através de seus agentes submeter os apenados a uma relação de sujeição, como se os que ali se encontram tivessem todos os seus direitos suspensos por força da condenação:

A dignidade da pessoa humana deve ocupar o topo dos preceitos punitivos, pois todos tem direito a uma vida digna. A prisão tem o caráter de manter a paz social, de restabelecer a harmonia, configura regime de exceção, porém, mesmo com relação aos que estão submetidos a esse regime deve-se pautar pela preocupação da dignidade. Não configura a prisão à uma situação de sujeição, onde o Estado através de seus agentes oprime os que estão sujeitos a esse regime de exceção.³⁰

É dever do Estado primar pela conservação de todos os direitos da pessoa humana, inclusive os direitos do condenado, excluindo aquele que pela pena fora atingido:

O Estado tem o dever de resguardar todos os direitos do preso, excluído aquele atingido pela pena. O sistema penitenciário é responsável não somente de se abster de práticas repressivas dissonantes das constitucionalmente concebidas, como

²⁹ <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Direitos%20do%20preso>>, DATA 13-10-2024

³⁰ <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Direitos%20do%20preso>>, DATA 13-10-2024

também buscar a vivência harmônica entre reclusos. O poder judiciário é igualmente responsável pela vigilância do sistema, fazendo sua parte através do controle externo dos atos da administração pública. O controle é necessário como forma de proteger os direitos e garantias constitucionais atribuídos à pessoa humana, independente da situação em que se encontra. É dever do Estado garantir aos presos aquilo que a pena legalmente aplicada não tirou, a dignidade e o respeito³¹.

Alguns órgãos e operadores do Direito já se deram conta da importância e eficiência do trabalho na vida encarcerada. Como é relatada a experiência de Paulo de Oliveira, que é Juiz e já foi Delegado e conhece de perto a realidade do sistema prisional brasileiro.

O Juiz Paulo de Oliveira incentiva reintegração social de presos através de trabalho remunerado:

É necessário estimular o resgate de presos e egressos do sistema prisional, através da recuperação da auto-estima dos condenados, por intermédio do trabalho remunerado e digno. Com base nesse ideal o juiz Paulo de Oliveira firmou um convênio com a prefeitura do município para dar trabalho aos condenados. Os presos tem direito a uma alimentação, uniformes, e salário ao fim do mês, tudo pautado no que prevê a Lei de Execuções Penais (LEP).

A Grande intenção do juiz é criar um atalho para a reinserção do indivíduo à sociedade, e mantê-lo ocupado, para assim ficar longe de drogas e do ócio no interior das cadeias. O país não tem ainda essa prática de convênios muito bem resolvida. O juiz que também já foi delegado diz que após um tempo de estudo e por conhecer bem a realidade das cadeias brasileiras, resolveu implantar essa prática para resgatar a auto-estima dos apenados, com o trabalho, com a disciplina, com valores positivos, como trabalho coletivo, honestidade. A reinserção do condenado à sociedade e ao próprio mercado de trabalho encontra muita dificuldade, pelo preconceito, e pela falta de políticas voltadas para essa situação.

O convênio com a prefeitura tem surtido bons efeitos, são disponibilizadas 20 vagas de serviços gerais, e a cada tempo a prefeitura encaminha relatórios ao juízo da execução, constando de expedientes meramente administrativos, como frequência e horários por exemplo. O judiciário faz a seleção dos presos e as polícias locais

³¹ <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Direitos%20do%20preso>>, DATA 13-10-2024

acompanham as fases do trabalho para garantir a segurança e o cumprimento do esperado.³²

O trabalho do preso assim é abordado segundo visão do Departamento Penitenciário do Paraná

O trabalho é um dos mais importantes fatores no processo de ressocialização dos presos. Uma das preocupações do sistema Penitenciário do Estado tem sido criar novas alternativas de trabalho como forma de melhorar as condições de dignidade humana dentro das penitenciárias. A mão-de-obra do preso é administrada pela Divisão Ocupacional e de Produção - DIPRO, responsável pela implantação e implementação de canteiros de trabalho dentro das unidades penais.³³

3.2 Pecúlio

Aspectos históricos

A palavra pecúlio é derivada do Latim *peculium*, proveniente de *pecus*, isto é, gado, que primitivamente era tido como moeda corrente, de que se originou *pecúnia*, dinheiro, o qual, a partir das Leis das Tábuas, foi numerado (*pecúnia numerata*), através das moedas de cobre. Nos fins do século V, surgiram as moedas de prata e, mais tarde as de ouro.

A expressão *pecúnia* terminou por designar todo o patrimônio, compreendendo a totalidade das coisas suscetíveis de apropriação pelos indivíduos. Gado, dinheiro e o patrimônio privado. *Pecúnia* significa, em linhas gerais, toda reserva monetária ou pecuniária, proveniente do produto de algum trabalho ou de economia feita. O *Pecúlio*, nesse sentido, expressa, por conseguinte, as economias promovidas por uma pessoa e que se destinam a uma reserva de bens, configurando um patrimônio.³⁴

No âmbito jurídico destacam-se algumas designações e usos:

Nos estudos jurídicos a respeito, destacam-se, ainda, algumas designações e usos que são de muita importância para a fundamentação básica na compreensão e valorização do pecúlio para a sociedade. *Pecúlio adventício* - No direito romano, assim se considera o conjunto de bens que o *filiusfamilias* adquiria por sucessão hereditária. Por decisão de Constantino, os bens designados através do pecúlio eram somente desses, sendo que aos filhos que recolhessem a sucessão caberia a sua propriedade. *Pecúlio Castrense* - designação dada ao conjunto de bens adquiridos pelo *filiusfamilias* em decorrência do serviço militar, constituindo-se de um pecúlio especial, diante do qual a propriedade lhe pertencia, ficando autorizado a fazer testamento desse bem sem que necessitasse da autorização do pai. Caso não utilizasse dessa faculdade, os bens seriam retomados pelo pai. *Pecúlio Quase Castrense* - semelhante ao acima citado, designava os bens que o *filiusfamilias* adquiria no exercício da função administrativa como funcionário do estado e que depois foi estendido àqueles que fizessem parte do clero. *Pecúlio Profectício* - denominava-se o conjunto de bens que o pai retirava de

³² <<http://www.tjgo.jus.br/bw/?p=45995>, dia 14-10-2024, Myrelle Motta>

³³ <<http://www.depen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=6>, dia 14-10-2024>

³⁴ <<http://www.fenaprevi.org.br/Site/729/373.aspx>, pesquisado dia 14-10-2024>



seu patrimônio e confiava à gestão do filho. Primeiramente o filho, depois o escravo ou ambos simultaneamente. Ao bloco de bens cuja administração era confiada ao filho ou ao escravo, pelo pai, denominava-se peculium. O pecúlio constituiu-se numa provincial garantia, porque a responsabilidade para com terceiros só se concentrava nele, mediante o artifício tão bem arquitetado do patrimônio distinto.³⁵

A Lei de Execução Penal menciona que o preso que exerce atividade remunerada terá pra si uma caderneta de poupança onde será depositada sua remuneração, a fim de constituir seu pecúlio, para que possa se manter quando da sua liberdade até recolocação no mercado de trabalho.

3.3 Remuneração pelo trabalho do preso

No boletim número 29 do Ministério público do Paraná, são abordados alguns elementos acerca do tema:

De acordo com o boletim do MP:

Por várias razões o trabalho do preso encontra óbice no sistema carcerário brasileiro. Por falta de estrutura, por falta de instalações adequadas e até mesmo por falta de legislação específica, o que reflete na maior dificuldade de ressocializar o preso[...] por consequência a remuneração e o trabalho do preso é assunto de dispõe de pouquíssimos artigos, o que torna difícil uma abordagem mais precisa no caso concreto.³⁶

Para tentar esclarecer um pouco sobre o assunto, Regina Carsino, assessora jurídica do Centro de Apoio Operacional as Promotorias Criminais e de Execução Penal - Ministério Público do Paraná elaborou um interessante artigo jurídico com o tema, considerações a respeito do trabalho do preso.

Por derradeiro, ressaltamos que o trabalho dos condenados é um importante modo de ressocializar e desejamos que o Projeto de Lei 685/2007, em trâmite na Câmara dos Deputados, venha a se concretizar em termos práticos e de forma eficaz. De uma vez por todas, acabar com o desinteresse do Poder Público por aqueles que estão com os direitos políticos suspensos.³⁷

³⁵ <<http://www.fenaprevi.org.br/Site/729/373.aspx>, pesquisado dia 14-10-2024>

³⁶ <http://www2.mp.pr.gov.br/cpdignid/telas/cep_boletins_18_4.html>, dia 14-10-2024, boletim nº 29, o trabalho e a remuneração do preso

³⁷ <http://www2.mp.pr.gov.br/cpdignid/telas/cep_boletins_18_4.html>, dia 14-10-2024, boletim nº 29, o trabalho e a remuneração do preso

3.4 Vantagens

Vantagens auferidas pelo preso durante sua estada no sistema prisional, seja pela dinâmica do trabalho que por si só já é um benefício.

Convém destacar aqui o modelo prisional adotado pelo Brasil nas palavras de Adel El Tasse: Implantado no ano de 1840 pelo Capitão Alexandre Moconochie, o sistema progressivo estabeleceu a conduta positiva no cumprimento da pena, e como retribuição de seu trabalho teria a pena diminuída, esse sistema foi aperfeiçoado na Irlanda, razão pela qual também ficou conhecido como sistema irlandês. Ao preso de bom comportamento, e que ainda trabalhasse, poderia ser concedido o direito de poder falar, receber certa remuneração, não sofrer castigos físicos e ainda ter direito a liberdade condicional.³⁸

Sobre a progressão e regressão de regime, artigo publicado no site Civilex:

Pelo sistema progressivo adotado pelo CP com a Reforma de 84, permite-se ao condenado a conquista gradual da liberdade, durante o cumprimento da pena, tendo em vista o seu comportamento, de forma que a pena aplicada pelo juiz não será necessariamente executada em sua integralidade. Na progressão, passa-se de um regime mais rigoroso para um menos rigoroso; na regressão, ocorre o inverso, sendo que, neste caso, pode-se passar diretamente do regime aberto para o fechado, o que não acontece com a progressão (do fechado tem que ir para o semi-aberto, nunca diretamente para o aberto). Para que ocorra a progressão de regime, é necessário o preenchimento de certos requisitos:³⁹

Neste sentido torna-se compreensiva a intenção da legislação atinente ao assunto.

A grande vantagem deste sistema é a adoção voluntária do preso às políticas de ressocialização, pois a progressão constitui o objetivo de ver sua pena diminuída. O sujeito submetido à pena de reclusão iniciará o cumprimento desta em regime fechado, ou seja, sem direito de se ausentar do ambiente prisional sem a devida escolta policial. Se não reincidente e de bom comportamento, depois de transcorrido um sexto da pena poderá se beneficiar do regime semi-aberto, este regime já permitirá ao condenado a possibilidade de visitar familiares em determinados finais de semana, sem acompanhamento de autoridade, poderá ainda freqüentar cursos e trabalhos fora da unidade prisional. Tendo novamente cumprido um sexto da pena, agora no regime

³⁸ TASSE, Adel El. **Teoria da pena, pena privativa de liberdade e medidas complementares**: um estudo crítico à luz do estado democrático de direito. ed 2003. Juruá 2003 Curitiba. p. 109/110

³⁹ <<http://civilex.vilabol.uol.com.br/pagina42.htm> dia 14-11-2024>



semi-aberto poderá se beneficiar do regime aberto ou livramento condicional, em ambos estará o condenado em liberdade precária, com algumas restrições, na liberdade condicional como diz o próprio nome, deverá cumprir algumas condições, neste regime a pena não se altera, se descumpridas as condições, o condenado deverá retornar ao regime anterior com a mesma quantidade de pena, já no tocante à pena em regime aberto, sofre o lapso temporal, caso o condenado regrida, voltará a anterior e deverá computar tão somente o tempo remanescente. Terá novamente que cumprir uma etapa da pena para se beneficiar da progressão de regime.⁴⁰

Fica cristalina a pretensa idéia da lei penal de ressocializar o condenado, através da progressão que serve além de qualificação, como incentivo, uma espécie de atalho para o preso entre as grades e a liberdade. Porém não consegue o Estado oferecer trabalho a todos os condenados, segundo artigo do site verbo jurídico:

O trabalho prisional precisa qualificar os presos para o mercado de trabalho e deve cumprir com a determinação legal de assemelhar-se com o trabalho livre. Salvo raríssimas exceções, quando há trabalho nas prisões, este pouco ou em nada se assemelha ao trabalho livre. A realidade prisional está muito distante daquela pretendida pela lei. Falta trabalho nos presídios.⁴¹

Diante então da impossibilidade do Estado conseguir atribuir trabalho a todos os presos. Faz-se necessário buscar alternativas, pois se o trabalho é um direito do preso, o Estado deve garantir, se é um dever o Estado deve exigir. Porém o trabalho tem esses dois atributos. E sendo assim caberá ao Estado a promoção desta previsão legal, sendo pelas próprias mãos, seja pela busca de auxílio à sociedade privada. Como prevê Art. 4º da Lei de Execução Penal o “Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.” O Estado poderá se valer convênios para efetivar o que lhe excede a capacidade de gerir por si só.

4. CONVÊNIOS

Previsão legal sobre a questão de convênios conforme artigo 241 da Constituição Federal:

⁴⁰ TASSE, Adel El. **Teoria da pena, pena privativa de liberdade e medidas complementares**: um estudo crítico à luz do estado democrático de direito. ed 2003. Juruá 2003 Curitiba. p. 117.

⁴¹ <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo, trabalho-penitenciario-um-dever-e-um-direito-33510.html>>, dia 14-11-2024

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

A constituição como supracitada, aduz a possibilidade de cooperação e gestão associada de serviços públicos.

O site da UEL (UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA) publicou matéria acerca do tema, “convênio”:

Convênios são acordos firmados entre órgãos públicos ou entre órgãos públicos e privados para realização de atividades de interesse comum dos participantes. Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato, as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio, os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. O Convênio é quase sempre celebrado entre entidades públicas, para realizar atividades de interesses comuns, no campo social, educacional, de pesquisa, etc. O que ocorre é que o órgão repassador do numerário, pelas dificuldades de realizar determinadas tarefas, delega a outras entidades[...].⁴²

Antes de se conceituar convênio, faz-se necessário um breve comentário aos contratos, pois estes são instrumentos para aquele.

Contrato é instrumento para o convênio, e deve trazer os entornos das obrigações dos convenientes

Contrato ou convenção é também um ato jurídico, dado à sua capacidade de gerar direitos e deveres, difere porém do ato jurídico simples comum, pois exige para sua constituição pluralidade de vontades, o que não se exige no simples, que poderá ser feito por uma só pessoa. Com base nessa premissa que é de entendimento generalizado, contrato é o acordo de vontade para fim de adquirir, transfereir conservar, modificar ou extinguir direito. A doutrina brasileira reconhece a autonomia da vontade, porém essa autonomia é relativa, vez que algumas condições devem ser preservadas, tais como interesse e ordem pública⁴³.

4.1 Conceito

Alguns conceitos sobre a palavra convênio e seu sentido:

⁴² <<http://www.uel.br/proaf/informacoes/convenios.htm>>, dia 18/10/2024

⁴³ Código Civil, **comentários didáticos, direito das obrigações arts. 863 a 1187**, 5ª edição, São Paulo editora atlas s.a 1996, pg 187/188

A palavra convênio de acordo com o dicionário brasileiro globo significa: convenção; pacto; acordo; tratado. Na forma como consta nos dicionários encontra-se um sentido mais amplo, que denota acordo.

A seguir, as palavras de Hely Lopes Meirelles trará o conceito usual aplicável à esfera administrativa, citando Fernando Santana: “Convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre essas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesses comum dos partícipes”⁴⁴.

Ainda, segundo artigo da REVISTA DE DIREITO DA (UNIGRANRIO) UNIVERSIDADE DO GRANDE RIO, do Rio de Janeiro:

Os convênios administrativos são acordos firmados por pessoas jurídicas de direito público da administração direta ou indireta de hierarquias diferentes ou entre estas e pessoas jurídicas de direito privado, com vistas a alcançar determinado objetivo de interesse público. Nos convênios os interesses são paralelos/comuns, sendo o elemento caracterizador deste tipo de avença a cooperação entre seus partícipes.⁴⁵

O portal do governo federal também traz um conceito de convênio. Convênio é:

[...] acordo ou ajuste que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscais e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando à execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.⁴⁶

4.2 Quem pode conveniar

Via de regra, todas as pessoas capazes podem conveniar, desde que pelo menos uma seja Pessoa Jurídica e objeto de convênio seja de interesse recíproco:

Sabendo então, segundo alguns autores, que convênio é um ajuste, um acordo que visa a persecução de um bem comum:

⁴⁴ SANTANA, Fernando. Apud Hely Lopes Meirelles, **Direito Administrativo Brasileiro** 28ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo Délcio balestero Aleixo José Emmanuel burle filho, editora Malheiros, 2003

⁴⁵ <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/971/594>>, dia 26-10-2024

⁴⁶ <<https://www.convenios.gov.br/portal/FAQLegislacao.html#11>>, dia 26-10-2024

Os administrados estão sempre cobrando dos administradores, respostas ao dinamismo da sociedade, o que torna a administração pública mais variada e complexa, devendo essa se adequar às novas exigências. O ônus muitas vezes pode se tornar excessivo à um só ente, no entanto determinados serviços, podem interessar para mais de uma só pessoa, o que as leva a se unirem, neste caso na forma de consórcio, e ou, convênio.⁴⁷

Continua DIOGENES Gasparini: Podem participar de convênios, pessoas públicas de qualquer espécie, qualquer pessoa física, pessoa jurídica, não necessidade de que todas as pessoas sejam públicas ou de mesma espécie. Porém é indispensável que um dos convenientes seja pessoa jurídica de direito público. De maneira que não seria convênio administrativo se todos os participantes fossem pessoas naturais, ou jurídicas de direito privado. E também é nulo convênios firmados por órgãos, ministérios na esfera federal, e secretárias na esfera estadual, municipal e distrital, no entanto novos partícipes podem ser admitidos desde que tenham interesse comum.

Na mesma linha de raciocínio aduz TOSHIO Mukai:

Participam pessoas de qualquer espécie (físicas ou jurídicas), sendo indispensável porém que pelo menos um dos convenientes seja entidade pública. Os convênios devem ser celebrados por entidades públicas dotadas de personalidade jurídica. Assim sendo não podem ser firmadas por simples órgãos desprovidos de personalidade jurídica (secretárias e ministérios, p. ex.).⁴⁸

Porém TOSHIO Mukai faz uma ressalva no que diz respeito ao objeto da convenção: O objeto do convênio deve atender necessariamente a um interesse público, independentemente de haver outros interesses particulares em jogo. O que não pode consagrar é apenas o interesse particular. São acordos e não contratos, em que não propriamente partes (conotação de oposição), mas partícipes com objetivos comuns. Todos os convenientes devem ter interesses comuns, o que não quer dizer que todos devam cooperar de modo idêntico; ao contrário, o comum é a diversificação de cooperação. O que não é compatível com o instituto é a existência de interesses contrapostos.⁴⁹

⁴⁷ DIOGENES, Gasparini, **Direito Administrativo**, 13ª edição, editora saraiva 2008, pag. 786/787

⁴⁸ TOSHIO Mukai, **Direito Administrativo Sistematizado**, 2ª edição, editora saraiva 2000. Pag. 397

⁴⁹ TOSHIO Mukai, **Direito Administrativo Sistematizado**, 2ª edição, editora saraiva 2000. Pag. 398

4.3 Benefícios do particular

Na câmara existe um projeto de lei que incentiva empresas a contratarem presos:

PROPOSTA DE LEI INCENTIVA EMPRESAS QUE CONTRATAREM DETENTOS

Tramita na Câmara o Projeto de Lei 685/07, do deputado Vital do Rêgo Filho (PMDB-PB), que concede benefícios fiscais para as empresas que contratarem ex-presidiários e detentos que cumprem pena em regimes semi-aberto e aberto. De acordo com o texto, as empresas terão isenção de 50% do INSS que incidiria sobre esses empregados, sem prejuízo para eles. Terão também abatimento no Imposto de Renda Pessoa Física de 50% do montante pago como remuneração para esses empregados, limitado em até 5% do valor total a ser pago pela empresa.⁵⁰

Caso tal projeto seja aprovado, os benefícios serão estendidos ainda por um período de três ou cinco anos, dependendo do regime a ser cumprido pelo preso contratado.

Os benefícios serão concedidos durante cinco anos após a liberdade do detento no caso de ex-presidiários e serão prorrogados por mais três no caso dos detentos do regime semi-aberto, caso eles já sejam contratados na data de cumprimento da pena. Ainda segundo a proposta, o limite máximo para contratação pelo sistema é de 1/5 do número total de funcionários da empresa contratante. A relação de trabalho obedecerá ao disposto na Lei de Execução Penal (7.210/84) no que se refere à remuneração, carga horária, regime legal, requisitos e demais condições relativas ao trabalho do condenado.

Nos casos de detentos do sistema semi-aberto, serão firmados contratos de fornecimento de mão de obra com os presídios, por meio de suas diretorias. Esses contratos serão supervisionados pelas secretarias estaduais responsáveis pelo sistema prisional, pelas pastores carcerárias e pelo Ministério Público, segundo as normas dos contratos de terceirização.⁵¹

Além destes benefícios que estão no projeto há outros que já existem como por exemplo: a não sujeição do trabalho do preso às normas da Consolidação das Leis Trabalhistas, segundo contido no artigo 28, § 2º da (LEP). Desta forma não gera vínculo empregatício.

Em Brasília há alguns anos existe a Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso – FUNAP, é responsável pela gestão de trabalhos realizados pelos presos do DF. A Fundação tem autonomia de firmar convênios com entidades públicas, privadas e estrangeiras. A FUNAP tem como privilégio a dispensa de licitação, quando o

⁵⁰ <http://www2.mp.pr.gov.br/cpdignid/telas/cep_b29_d_1.html>, dia 28-10-2024

⁵¹ <http://www2.mp.pr.gov.br/cpdignid/telas/cep_b29_d_1.html>, dia 28-10-2024

produto de aquisição pelo órgão público for oriundo de produção pelos presos. E repasse de verbas para consecução de políticas de melhoria do sistema penitenciário.⁵²

4.4 Benefícios do órgão público

O órgão público que utiliza o trabalho do preso, a rigor se beneficia nos mesmos moldes do subtítulo anterior, já os órgãos de execução se beneficiam de terem a parceria da sociedade, que se empenha para juntos buscarem formas de modernização das políticas de tratamento penal com o objetivo de torná-las mais humanas e eficazes.

4.5 Benefícios do preso

Um dos principais benefícios a ser percebido pelo preso com relação ao seu trabalho é a possibilidade de diminuir o seu tempo de permanência na prisão considerando o que prescreve a Lei de Execução Penal:

Remição é um instituto que permite, pelo trabalho, dar como cumprida parte da pena vale dizer, abreviar o tempo de duração da pena. O condenado que cumpre pena em regime fechado ou semi-aberto poderá diminuir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena. A contagem do tempo no tocante à remição será feita em razão de um dia de pena por três de trabalho (art. 126 da LEP); assim, por exemplo, se o detento trabalhar três dias terá antecipado o vencimento de sua pena em um dia.⁵³

O benefício a ser concedido ao condenado será disciplinado de acordo com o que preceitua a LEI DE EXECUÇÃO PENAL:

Art. 55. As recompensas têm em vista o bom comportamento reconhecido em favor do condenado, de sua colaboração com a disciplina e de sua dedicação ao trabalho.

Art. 56. São recompensas:

I - o elogio;

II - a concessão de regalias.

Parágrafo único. A legislação local e os regulamentos estabelecerão a natureza e a forma de concessão de regalias.

⁵² <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&coddou=4454>>, dia 02-11-2024

⁵³ <http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dht/br/ba/presos_ba/trabalho.html>, dia 20-10-2024

O decreto 60/49 de 2007 assim traz as regalias a serem concedidas aos presos que colaborarem com as políticas de ressocialização:

Art. 32. São recompensas:

I - o elogio; e

II - a concessão de regalias.

Art. 33. Será considerado para efeito de elogio a prática de ato de excepcional relevância humanitária ou do interesse do bem comum.

Parágrafo único. O elogio será formalizado em portaria do diretor do estabelecimento penal federal.

Art. 34. Constituem regalias, concedidas aos presos pelo diretor do estabelecimento penal federal:

I - assistir a sessões de cinema, teatro, shows e outras atividades socioculturais, em épocas especiais, fora do horário normal;

II - assistir a sessões de jogos esportivos em épocas especiais, fora do horário normal;

III - praticar esportes em áreas específicas; e

IV - receber visitas extraordinárias, devidamente autorizadas.

Parágrafo único. Poderão ser acrescidas, pelo diretor do estabelecimento penal federal, outras regalias de forma progressiva, acompanhando as diversas fases de cumprimento da pena.

Ainda de acordo com a referida Lei, de Execução Penal, no parágrafo único do artigo 56, define: A legislação local e os regulamentos estabelecerão a natureza e a forma de concessão de regalias. Assim o fez o Estado do Paraná.

O estatuto penitenciário do Estado do Paraná, aprovado pelo DECRETO Nº 1276/95, assim define as regalias:

Dos Favores:

Art. 48 - Em cada estabelecimento será instituído um sistema de recompensas, conforme os diferentes grupos de presos ou de internados e os diferentes métodos de tratamento, a fim de motivar a boa conduta, desenvolver os sentidos de responsabilidade e promover o interesse e a cooperação.

Art. 49 - Serão concedidos favores aos presos e internados, gradativamente, de acordo com a administração do estabelecimento, que consistem:

I. uso de rádio e/ou televisão na cela ou alojamento;

II. visita de parentes e amigos;

III. visita íntima do cônjuge ou companheira, nas condições estabelecidas pela administração;

IV. práticas esportivas;

V. participação em atividades internas ou espetáculos recreativos;

Não é possível falar sobre Estado, administração pública sem mencionar ao menos de forma breve a questão da burocracia, que constitui verdadeiro fulcro das ações desses. Servirá como norte também à ressocialização, o preso saberá exatamente como será o tratamento. Assim procura-se demonstrar a função deste

instituto que serve de balizador de condutas, primeiramente como certa coerção e posteriormente como hábito:

O caráter legal das normas regulamentadoras tem como feição, seu preestabelecimento por escrito de como deverá funcionar determinada estrutura, deve-se buscar abranger todas as possíveis ocorrências. As normas burocráticas são legais, pois conferem as pessoas detentoras de poder hierárquico meios adequados para fazerem valer as normas. Deve haver caráter formal às normas, onde todas as condutas devem estar previamente elaboradas e escritas. Rotinas e procedimentos padronizados; a burocracia fixa regras, as quais devem ser obedecidas, cada indivíduo envolvida na estrutura deve realizar, não o que deseja, mas o que aquela função prevê. A burocracia serve para regular a conduta[...]

Aspecto racional da divisão do trabalho, delimitação do exercício profissional, atribuindo a cada um, sua tarefa específica, bem como sua responsabilidade. Impessoalidade nas relações; cada um desenvolve seu trabalho, e o respeito é mútuo, levando em consideração o cargo e não a pessoa naquele cargo, pois as pessoas serão rotativas dentro de cargos e funções, porém os cargos permaneceram para além das pessoas[...].⁵⁴

Internalização das regras e apego aos regulamentos; neste contexto reside o grande benefício dessa forma de burocratização:

As diretrizes da burocracia, emanada por meio das normas e regulamentos para atingir os objetivos da organização, tendem a adquirir um valor positivo, próprios e importantes, independentemente daqueles objetivos, passando a substituí-los gradativamente. As normas e os regulamentos passam a se transformar de meios em objetivos. Passam a ser absolutos e prioritários: o funcionário adquire “viseiras” e esquece que a flexibilidade é uma das principais características de qualquer atividade racional. Com isso o funcionário burocrata torna-se um especialista, não por possuir conhecimento de suas tarefas, mas por conhecer perfeitamente as normas e os regulamentos que dizem respeito ao seu cargo ou função. Os regulamentos, de meio passam a ser os principais objetivos do burocrata.⁵⁵

4.6 Benefícios do sistema penitenciário

Deve-se superar estigmas, pois o sistema penitenciário, como dito por Luiz Flávio Gomes em citação anterior está caótico, mas isso pode ser mudado com uma nova visão administrativa:

A maioria das práticas de administração não valoriza as pessoas. Nossa cultura de trabalho não é produtiva nem gentil. A maioria de nossas organizações é preparada para as pessoas servirem estruturas, sistemas e

⁵⁴ CHIAVENATO Idalberto, **Introdução à teoria geral da administração**, 7ª edição, 3ª tiragem editora campos.

⁵⁵ Ibid. p. 268/269.



regras, em lugar de estruturas e sistemas servindo a pessoas para lhes permitir realizar a missão.⁵⁶

As palavras de Michele HUNT ilustram bem a situação vivida pelos cidadãos, a relação entre eles. E estes com o trabalho:

A cada dia se torna maior a desilusão pelo trabalho nos moldes citado. É salutar repensar nossa política de trabalho, a maior parte dos locais de trabalho não são lugares agradáveis aos seres humanos, falta motivação e crença naquilo que faz. O senso de comunidade também está sendo perdido, vizinhos fecham suas portas, suas janelas e até seus corações nos momentos de necessidade. Muitos sequer sabem quem vive ao lado. Normalmente se faz necessário uma grande tragédia para descobrirem a comunidade.⁵⁷

Mudanças devem ocorrer para que a sociedade e os homens possam viver a integralidade do que vem a ser o corpo social, nas palavras de Eric Voegelin citado Zygmunt Bauman:

O que acontece, em resumo, é que o analista-legislador se arroga a posse da substância do bem na sociedade, enquanto a nega para o resto da humanidade. A humanidade está dividida entre a massa de mecanismos de prazer-dor e o aquele que vai manipular os mecanismos pelo bem da sociedade. A natureza do homem, por uma espécie de divisão do trabalho, é distribuída entre massas e líderes de forma que só a sociedade como um todo é o homem integral.⁵⁸

4.7 Repercussão social

Uma grande preocupação das autoridades é, além de combater a criminalidade buscar diminuir a reincidência, assim argumenta Vital do Rego Filho:

Vital do Rêgo Filho argumenta que a proposta dará uma chance de reintegração aos condenados ou até mesmo de integração, já que muitos nem sequer tiveram a oportunidade de ingressarem na vida do trabalho. Dessa forma, o retorno ao crime seria evitado e, conseqüentemente, o número de crimes.

Segundo ele, os incentivos fiscais e descontos também poderão ser considerados um investimento em segurança pública e no desenvolvimento econômico. Ele afirma que, com menos carga tributária, as empresas terão mais oportunidade de se desenvolver, o que incentivará a contratação de forma legal.⁵⁹

⁵⁶ HUNT, Michele. **Dream makers, fazedores de sonhos, agentes de transformação**. Qualytmrk RJ 2010. P.156.

⁵⁷ Ob. Cit. P. 157

⁵⁸ Eric Voegelin apud. Zygmunt Bauman. **A sociedade individualizada**. Vidas contadas e histórias vividas. Tradução José Gradel. Zahar RJ 2001.

⁵⁹ <http://www2.mp.pr.gov.br/cpdignid/telas/cep_b29_d_1.html>, dia 28-10-2024

A pena privativa de liberdade está prevista em nosso ordenamento jurídico, na Constituição Federal, no Código Penal, na Lei de Execução Penal. Também há previsão na constituição do México, Espanha, Iugoslávia. Todavia deve se entender qual o caráter desse tipo de medida, qual o objetivo final, qual a finalidade. Se de um lado existem vários diplomas legais que prevêm essa conduta por parte do Estado, e vários são também os Estados que trazem esse sentido. Existe por outro lado diversidade de previsões de humanização do sistema de restrição das liberdades. Preservação da dignidade e garantias inerentes ao ser humano é o pauta o artigo 10 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁶⁰.

Como se conclui segundo a constituição e a legislação penal, o nosso sistema sancionário, centrado na pena privativa de liberdade e suas medidas alternativas, atendeu a legislação positiva da ONU e ao direito comparado. Consoante aos princípios previstos nas regras mínimas, são dois os objetivos da pena privativa de liberdade: a proteção da sociedade e a preparação da reinserção social do condenado durante o período da prisão (artigo 59, das regras mínimas). Mas a exclusão do preso da sociedade tem precisamente o objetivo de ressocializá-lo, sem suprimir-lhe de forma absoluta o contato com a comunidade da qual continua fazendo parte pela posse dos direitos inerentes da pessoa humana, não afetados pela sentença condenatória.⁶¹

Para que haja uma repercussão social positiva, é necessário chamar essa a também tomar parte na colaboração. Segundo previsão da ONU, no atinente às regras mínimas de tratamento penal: 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra, em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU através da sua resolução 663 C I (XXIV), de 31 de julho de 1957, aditada pela resolução 2076 (LXII) de 13 de maio de 1977. Em 25 de maio de 1984, através da resolução 1984/47, o Conselho Econômico e Social aprovou treze procedimentos para a aplicação efetiva das Regras Mínimas. Todos os procedimentos no anexo.

Todas as informações inseridas no texto da ONU são de grande relevância, porém a regra 61 é de crucial importância ao presente tema:

O anexo da ONU refere-se à efetiva cooperação do público e da vizinhança, o que exigirá a informação ao público dos fins e métodos do estabelecimento aberto, com a colaboração dos meios de informação locais e nacionais[...]

⁶⁰ NEWMAN apud, Jason ALBERGARIA, **Das Penas e da Execução Penal**, pag 19, 3ª edição, DEL REY, Belo Horizonte-1996

⁶¹ NEWMAN apud, Jason ALBERGARIA, **Das Penas e da Execução Penal**, pag 19, 3ª edição, DEL REY, Belo Horizonte-1996

Newman citado por ALBERGARIA esclarece que essa colaboração se expressa em três momentos: a) na boa recepção do regime; b) acompanhamento ou permissão da integração social, profissional e cultural do albergado no contexto da vizinhança; c) ajuda e assistência ao egresso sem qualquer estigmatização. Essa obra de civilização baseia-se no fato irrefragável de que o condenado faz parte da sociedade (número 61 das regras mínimas) e a ela deve retornar recuperado.⁶²

A sociedade deve participar da política criminal, como bem ressalta ALBERGARIA: “a colaboração da comunidade não cessa com a liberação do preso. O Estado e a comunidade tem co-responsabilidade na política criminal, seja afim de recuperar o indivíduo já delituoso, seja na prevenção da delinquência.”⁶³

Também traz a responsabilidade à sociedade civil para participar da gestão dos direitos humanos. O decreto número 7.037 de 21 de dezembro de 2009 aprova o programa nacional de direitos humanos – PNDH-3:

Art. 1º Fica aprovado o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3, em consonância com as diretrizes, objetivos estratégicos e ações programáticas estabelecidos, na forma do Anexo deste Decreto.

Art. 2º O PNDH-3 será implementado de acordo com os seguintes eixos orientadores e suas respectivas diretrizes:

I - Eixo Orientador I: Interação democrática entre Estado e sociedade civil:

- a) Diretriz 1: Interação democrática entre Estado e sociedade civil como instrumento de fortalecimento da democracia participativa;
- b) Diretriz 2: Fortalecimento dos Direitos Humanos como instrumento transversal das políticas públicas e de interação democrática; e
- c) Diretriz 3: Integração e ampliação dos sistemas de informações em Direitos Humanos e construção de mecanismos de avaliação e monitoramento de sua efetivação;

Este eixo orientador trata do fortalecimento da democracia participativa, a interação entre Sociedade civil e Estado.

II - Eixo Orientador II: Desenvolvimento e Direitos Humanos:

- a) Diretriz 4: Efetivação de modelo de desenvolvimento sustentável, com inclusão social e econômica, ambientalmente equilibrado e tecnologicamente responsável, cultural e regionalmente diverso, participativo e não discriminatório;
- b) Diretriz 5: Valorização da pessoa humana como sujeito central do processo de desenvolvimento; e
- c) Diretriz 6: Promover e proteger os direitos ambientais como Direitos Humanos, incluindo as gerações futuras como sujeitos de direitos;

⁶² NEWMAN apud, Jason ALBERGARIA, **Das Penas e da Execução Penal**, p. 155, 3ª edição, DEL REY, Belo Horizonte-1996

⁶³ NEWMAN apud, Jason ALBERGARIA, **Das Penas e da Execução Penal**, p. 157, 3ª edição, DEL REY, Belo Horizonte-1996

O programa demonstra preocupação com a valorização da pessoa humana, e com a proteção de direitos.

III - Eixo Orientador III: Universalizar direitos em um contexto de desigualdades:

a) Diretriz 7: Garantia dos Direitos Humanos de forma universal, indivisível e interdependente, assegurando a cidadania plena;

b) Diretriz 8: Promoção dos direitos de crianças e adolescentes para o seu desenvolvimento integral, de forma não discriminatória, assegurando seu direito de opinião e participação;

c) Diretriz 9: Combate às desigualdades estruturais; e

d) Diretriz 10: Garantia da igualdade na diversidade;

IV - Eixo Orientador IV: Segurança Pública, Acesso à Justiça e Combate à Violência:

a) Diretriz 11: Democratização e modernização do sistema de segurança pública;

b) Diretriz 12: Transparência e participação popular no sistema de segurança pública e justiça criminal;

c) Diretriz 13: Prevenção da violência e da criminalidade e profissionalização da investigação de atos criminosos;

d) Diretriz 14: Combate à violência institucional, com ênfase na erradicação da tortura e na redução da letalidade policial e carcerária;

e) Diretriz 15: Garantia dos direitos das vítimas de crimes e de proteção das pessoas ameaçadas;

f) Diretriz 16: **Modernização da política de execução penal**, priorizando a aplicação de penas e medidas alternativas à privação de liberdade e melhoria do sistema penitenciário; e

g) Diretriz 17: Promoção de sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, para o conhecimento, a garantia e a defesa de direitos; (grifou-se)

V - Eixo Orientador V: Educação e Cultura em Direitos Humanos;

O referido programa deixa claro a preocupação com a preservação de direitos, bem como a busca por efetivação dos mesmos, tendo o ser humano como o ponto central, tornando a sociedade mais harmônica em sua totalidade.

Importante salientar que uma sociedade justa transparente, que pauta pela valorização do ser humano interessa à todos, pois são os indivíduos que integram as diversas facetas do Estado, e tudo que é uma coisa em ato, é também o seu oposto em potência, assim escreve ARISTOTELES:

Potência é qualquer realidade, que como a matéria, tem como propriedades ser indeterminada, ser passiva e ser capaz de assumir várias determinações. Ato é toda realidade que, como a forma, tem como característica ser determinado, finito, perfeito completo.⁶⁴

Deste pensamento se extrai que a busca por condições dignas de vida, seja com ou sem a liberdade deve ser empenho de todos, pois aquele que está preso em

⁶⁴ BATISTA, Mondin, **Curso de filosofia** 9ª edição, volume I, editora paulus.

ato, é um livre em potência, e aquele que está livre em ato, também é um condenado em potência.

Neste sentido é conveniente ter tutelar os bens mais preciosos que almejam os homens, e na medida do possível mantê-los. Uma ilustração enriquece este trabalho, um trecho da obra de KAFKA:

Quando certa manhã Gregor Samsa acordou de sonhos tranquilos, encontrou-se em uma cama metamorfoseado num inseto monstruoso. Estava deitado sobre suas costas duras como couraça e, ao levantar um pouco a cabeça, viu seu ventre abaulado, marrom dividido por nervuras arqueadas, no topo do qual a coberta, prestes a deslizar de vez, ainda mal se sustinha. Suas inúmeras pernas, lastimavelmente finas em comparação com o volume do resto do corpo, tremulavam desamparadas diante dos seus olhos.⁶⁵

Situação semelhante acaba ocorrendo com milhares de Gregor Samsa espalhados pelo Brasil. Num dia estão gozando de plena liberdade, no outro encontram-se metamorfoseados, e em condições análogas a de um inseto. Pelas condições desumanas do sistema prisional brasileiro, como demonstra o grande jurista Luiz Flávio Gomes:

Há muito tempo, órgãos internacionais de Direitos Humanos, se manifestam sobre as condições desumanas vividas por muitos presos no Brasil. Pois aqui existe um total desrespeito à dignidade do preso, não oferecendo sequer as condições mínimas de estrutura carcerária. O Estado tem o dever de garantir a integridade dos indivíduos que estão sob sua custódia. Assim sendo toda e qualquer consequência negativa advinda da falta de estrutura é problema do Estado e este arcará com as consequências. O Supremo Tribunal Federal eo Superior Tribunal de Justiça, tem exarado várias decisões responsabilizando o Estado pelos danos causados aos que se encontram sob sua responsabilidade direta. E desta forma é de fundamental importância que o Estado brasileiro se preocupe em melhorar seu aparato penitenciário sob o risco de ter que arcar cada vez mais com indenizações. E é um absurdo que o Brasil, um dos principais signatários de tratados de direitos humanos tenha um sistema mais que caótico. O sistema brasileiro é inconstitucional.⁶⁶

Ainda segundo LUIZ FLÁVIO GOMES:

Se a Justiça criminal, como disse o juiz Luciano Lasekann (Estado de S. Paulo de 14.11.10, p. C6), é a cloaca (o lugar imundo, a fossa, o esgoto) da

⁶⁵ KAFKA, Franz. **A metamorfose**. 4ª edição Editora brasileira 1986. p 7.

⁶⁶ <<http://www.novacriminologia.com.br/Artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=2895>>, dia 21-10-2024

Justiça social (pouco importando se o crime é do pobre ou do colarinho branco, fraudulento ou violento, do preto ou do branco), o sistema carcerário brasileiro constitui sem sombra de dúvida a latrina (recinto de dejeções, vaso sanitário) da Justiça criminal. As prisões, em países como o Brasil, abandonaram por completo o projeto humanista da modernidade, que as via como um centro disciplinar/correcional. Na era da pós-modernidade (era atual), em lugar de experimentar avanços civilizatórios, as prisões retrocederam aos escombros e obscuridades da Idade Média.

As duas rebeliões ocorridas em presídios do Maranhão (Complexo de Pedrinhas) e do Amazonas, no mês de novembro de 2010, com 21 mortos, evidenciaram, uma vez mais, as entranhas infestadas das misérias dessa nossa latrina, que se chama sistema carcerário brasileiro.⁶⁷

É flagrante a necessidade de se tomar providências urgente, afim de humanizar o sistema penitenciário brasileiro. O Conselho Nacional de Justiça desde 2008 vem denunciando as mazelas deste sistema:

Essas misérias vêm sendo denunciadas (corajosamente) pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) desde (sobretudo) 2008. Praticamente todos os Estados brasileiros (26 Estados mais o Distrito Federal) apresentam as mesmas (e indescritíveis) mazelas: superpopulação carcerária, déficit no número de vagas, condições carcerárias deploráveis, desrespeito absoluto aos direitos das pessoas presas, demora no julgamento dos processos (44% dos presos não contam com sentença final), intenso tráfico interno de drogas, ausência de tratamento aos drogados, AIDS, violência indescritível, tortura, assassinatos em série, corrupção de agentes penitenciários, ociosidade, cooptação das organizações criminosas, rebeliões etc.⁶⁸

É exatamente para se combater a situação acima aludida que se faz necessária a realização de políticas capazes de reverter este quadro. A revista PEGN (Pequenas Empresas Grandes Negócios) veiculou matéria a respeito do trabalho do preso, demonstrando a possibilidade de empresas conveniarem com o Estado. Por Elisa Corrêa:

Vantagens

O trabalho do preso, previsto na Lei de Execuções Penais (LEP), não pode ter remuneração inferior a três quartos do salário mínimo. Normalmente, nos convênios firmados entre empresas e presídios, é estipulado um salário mínimo como pagamento.

Sem encargos trabalhistas. Como o trabalho do preso não está sujeito ao regime da CLT, o empresário fica isento de encargos como férias, 13º, INSS e FGTS. Dependendo do piso salarial, a redução nos custos da mão-de-obra pode chegar a 50%.

⁶⁷ <<http://www.novacriminologia.com.br/Artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=2895>>, dia 21-10-2024

⁶⁸ <<http://www.novacriminologia.com.br/Artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=2868>>, dia 21-10-2024

Fica demonstrada a vantagem da empresa que contratar o trabalho do preso como forma de incentivo às empresas.

O efeito social:

O trabalho dos detentos também é uma ação de responsabilidade social. Ajuda na ressocialização assim como na redução da pena - a cada três dias de trabalho o detento tem um a menos de pena a cumprir.

Custo de produção:

Em alguns estados, como no Espírito Santo, não é cobrada nenhuma taxa para o uso do espaço e da estrutura do presídio (água, luz, alimentação).

Comprometimento

O comprometimento dos presos com o trabalho costuma ser grande. Os empresários afirmam que, muitas vezes, os melhores funcionários que tem são os próprios detentos.

Mais uma das vantagens percebidas pelas empresas convenientes.

Desvantagens:

A grande desvantagem de contratar a mão de obra dos condenados reside na alta rotatividade, problema que pode ser facilmente resolvido pela administração do sistema

Alta rotatividade dos detentos

A rotatividade de presos dentro das oficinas de trabalho costuma ser grande. Tem sempre alguém passando para o regime semiaberto ou ganhando liberdade e, automaticamente, outro detento entrando no lugar. Isto exige da empresa gastos constantes com treinamento.

Dificuldade de fazer hora extra

De acordo com a LEP, que regulamenta o trabalho dos presos, "a jornada normal de trabalho não será inferior a seis, nem superior a oito horas, com descanso nos domingos e feriados". As empresas nunca conseguem fazer hora extra. Para isso seria necessário que os agentes carcerários também estendessem o horário de trabalho.

Adequação do espaço

Os empresários precisam investir para transformar o espaço cedido pelo presídio em lugar de trabalho. Alguns chegam até a construir novos pavilhões. Para atrair mais empresas, as novas unidades prisionais do Espírito Santo terão espaços apropriados às oficinas.

Entrada e saída de matéria prima e mercadorias

Os caminhões que levam e trazem produtos e mercadorias nos presídios devem respeitar um horário rígido, pré-determinado pela direção da unidade, para entrar e sair das unidades e são sempre revistados.

Blitz

Nos dias de revista geral, as oficinas param de funcionar. Blitz são realizadas de surpresa – mesmo que a empresa tenha um pedido para entregar, não pode continuar funcionando.

Ação sindical

As empresas podem sofrer com a ação dos sindicatos, que exigem um limite na contratação de detentos - até 10% do total de empregados.⁶⁹

⁶⁹ Matéria extraída do site da revista pgn. <<http://revistapegn.globo.com/Revista/Common/-/0,,EMI82408-17201,00-VANTAGENS+E+DESVANTAGENS+DE+CONTRATAR+UM+PRESO.html>> em 14-10-2024



A empresa pode contratar até dez por cento do total de seu número de empregados, o que em matemática simples se traduz em 5% de economia.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se com o presente trabalho, que é perfeitamente viável e legal buscar apoio junto à sociedade pra tornar o sistema penitenciário mais humano e democrático fazendo com este não tenha um aspecto simplesmente de depósito de pessoas que não se enquadraram nas normas de convívio social.

É plenamente possível adotar políticas de resgate através de parcerias entre entes públicos, e entre estes e privados, numa cooperação, onde todos se beneficiam. Basta cumprir as determinações legais para que um novo contorno se forme a respeito de políticas de segurança em seu sentido mais amplo. Segurança para a sociedade, segurança jurídica para os presos de verem seus direitos preservados.

Está na hora da sociedade participar mais ativamente na busca pela efetivação de seus direitos. A sociedade de uma ou de outra forma é terreno fértil para o crime, ela cria por meio de comunicação cada vez mais eficiente, desejos. Desejos de ser, desejos cada vez maiores de ter, porém as condições oferecidas pelo corpo social são contrastantes. Há anulação do ser em detrimento do ter. O desejo desenfreado de ter, motivado pelos meios de comunicação que fomentam o consumismo, desvinculado de condições dignas para a satisfação destes desejos ensejam o crime.

A mesma água que mata a sede pode matar afogado. A sociedade deve reparar os danos que causa, pois ela não é somente vítima do crime.

E como fora demonstrado neste trabalho basta aplicar as leis que já existem, e para diminuir a reincidência mudar o conceito que as pessoas tem sobre o crime.

Unir o discurso à prática de forma geral, como diz a música de Raul Seixas: Não é só novena terço e oração, em vez de resmungar eu quero é ver vocês em ação.

A realidade social atual é dura e cabe aos que ainda se importam com o ser, atuarem de forma a amenizar na sociedade, os sofrimentos daquele que é vítima do criminoso, e do criminoso, vítima da sociedade. É hora de tomarmos as rédeas e dar novo rumo, queremos todos um mundo melhor e mais justo, mas pra colher é preciso plantar.

**REFERÊNCIAS**

ALBERGARIA, Jason. **Das Penas e da Execução penal**. 3ª Ed. DEL REY, Belo Horizonte 1996.

BATISTA, Mondin. **Curso de filosofia**. 9ª edição, volume I, editora paulus

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. SP: Martins Fontes 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal parte geral**, volume 1 8ª edição 2003. Saraiva 2003.

CHIAVENATO Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**, 7ª edição, 3ª tiragem editora campos.

CÓDIGO CIVIL. **Comentários didáticos, direito das obrigações arts. 863 a 1187**, 5ª edição, São Paulo editora atlas s.a 1996

DIOGENES, Gasparini. **Direito Administrativo**, 13ª edição, editora saraiva 2008.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 8ª ed revista e atualizada. Saraiva, 2003.

GRECO, Rogério. **Atividade Policial**, aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais. 3ª Ed. revista e atualizada, até 1º de janeiro de 2011, editora impetus, Niterói RJ

HUNT, Michele. **Dream makers, fazedores de sonhos, agentes de transformação**. Qualytmak RJ 2010.



A RESPONSABILIDADE BANCÁRIA NA ERA DIGITAL: LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, GOLPES BANCÁRIOS E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

BANKING RESPONSIBILITY IN THE DIGITAL ERA: GENERAL DATA PROTECTION LAW, BANKING SCAMS AND CONSUMER PROTECTION

Tatiana Ribeiro Schuchowsky¹

Karen Paiva Hippertt²

Resumo: O artigo tem como objetivo analisar a responsabilidade dos bancos em casos de golpes, destacando a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a proteção do consumidor no contexto digital. A metodologia utilizada envolve uma revisão bibliográfica de legislações, jurisprudências e estudos de caso relevantes, complementada pela análise de dados sobre fraudes bancárias. Os resultados demonstram que a aplicação rigorosa da LGPD é crucial para mitigar os riscos de golpes financeiros e proteger os dados dos consumidores. A conclusão ressalta a necessidade de aprimorar as práticas de segurança dos bancos e de fortalecer a regulamentação para garantir um sistema financeiro mais seguro e justo.

Palavras-Chave: Fraudes Bancárias. Responsabilidade Bancária. Proteção ao Consumidor. LGPD no setor bancário. Proteção na Era digital.

Abstract: This article aims to analyze the responsibility of banks in cases of scams, highlighting the application of the General Data Protection Law (LGPD) and consumer protection in the digital context. The methodology used involves a bibliographical review of legislation, case law and relevant case studies, complemented by the analysis of data on banking fraud. The results demonstrate that strict application of the LGPD is crucial to mitigate the risks of financial scams and protect consumer data. The conclusion highlights the need to improve bank security practices and strengthen regulation to ensure a safer and fairer financial system.

Keywords: Bank Fraud. Banking Responsibility. Consumer protection. LGPD in the banking sector. Protection in the digital age.

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Advogada fundadora do escritório Schuchowsky Advocacia. Atua na área do Direito Bancário e Direito Civil. Cursos Práticos em: Curso de LGPD para escritórios de advocacia, ministrado pela Escola Superior de Advocacia (ESA). Curso de direito bancário, ministrado pela Escola Superior de Advocacia (ESA). Curso expert direito bancário e cálculos periciais, ministrado pela Faculdade Unifast. Curso de Responsabilidade Civil, ministrado pela Escola Superior de Advocacia (ESA). Pesquisadora. Email: adv.tatianaschuchowsky@gmail.com. ORCID: <<https://orcid.org/0009-0005-9066-4955>>.

² Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Pós-graduada em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Especialista em Processo Civil, Mediação e Arbitragem pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Advogada, sócia fundadora do escritório Hippertt & Castro Advogados. Professora universitária (FAPAD). Pesquisadora. E-mail: kph.prof@gmail.com. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-3991-8850>>. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/5863810703081925>>;



INTRODUÇÃO

A segurança e a proteção dos dados dos consumidores são temas de crescente importância no contexto financeiro, especialmente diante do aumento dos golpes e fraudes bancárias. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) estabelece diretrizes para o tratamento de dados pessoais, exigindo que as instituições financeiras adotem medidas rigorosas para garantir a privacidade e a segurança das informações de seus clientes. A responsabilidade dos bancos em casos de golpes e fraudes vai além da mera proteção dos dados, abrangendo também a adoção de medidas preventivas e reativas para mitigar os impactos dessas ações criminosas.

O estudo da responsabilidade bancária em casos de golpes é crucial, não apenas para entender os direitos dos consumidores, mas também para identificar as falhas sistêmicas que permitem a ocorrência de tais fraudes. Com a crescente sofisticação dos ataques cibernéticos, é imperativo que os bancos implementem tecnologias avançadas de segurança e promovam a educação financeira entre seus clientes para prevenir fraudes. A análise da jurisprudência, especialmente as decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), revelam como os tribunais brasileiros têm interpretado e aplicado a legislação vigente, responsabilizando as instituições financeiras por falhas no dever de segurança.

O objetivo deste artigo é apresentar um panorama abrangente sobre os diferentes tipos de golpes financeiros e suas implicações legais; discutir a legislação aplicável, com foco no Código de Defesa do Consumidor (CDC) e na LGPD; analisar casos emblemáticos de jurisprudência; e propor medidas de prevenção e mitigação tanto para consumidores quanto para Instituições Financeiras. Além disso, o artigo busca identificar lacunas na legislação e na prática bancária, propondo melhorias que possam fortalecer a proteção dos consumidores e garantir um sistema financeiro mais seguro e justo.

1. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA APLICÁVEL

A análise da responsabilidade das instituições bancárias em casos de golpes financeiros exige uma compreensão detalhada das legislações brasileiras aplicáveis, dentre as quais, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a Lei do Sigilo Bancário. O capítulo aborda as normativas, suas implicações práticas.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), instituído pela Lei nº 8.078/1990, é um marco na proteção dos direitos dos consumidores. Estabelece princípios e diretrizes fundamentais para assegurar a defesa dos consumidores nas relações de consumo, inclusive, com instituições financeiras.

O artigo 14 do código é especialmente relevante, pois trata da responsabilidade objetiva dos fornecedores de serviços por defeitos relativos à prestação de serviços. Isso significa que os bancos podem ser responsabilizados, independentemente de culpa, bastando que o consumidor prove o defeito do serviço e o dano sofrido. A responsabilização se estende aos casos de golpes financeiros, já que a instituição deve ser garantir a segurança das transações realizadas pelos consumidores.

A legislação consumerista também prevê a inversão do ônus da prova para facilitar a defesa do consumidor nos casos em que haja evidente vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica.

Claudia Lima Marques (2005, p.145) destaca a importância desse mecanismo para equilibrar a relação de consumo, principalmente, em um contexto de golpes financeiros, no qual o consumidor frequentemente se encontra em desvantagem frente às instituições financeiras.

A Lei nº 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), estabelece normas rigorosas para o tratamento de dados pessoais por parte de empresas e organizações, incluindo os bancos. Como objetivo, busca proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade, impondo obrigações significativas às instituições financeiras quanto ao manejo de dados pessoais de seus clientes.

Conforme explicam Garcel, Moro e Hippertt (2023, p. 105), “[...] o direito fundamental autônomo a proteção de dados deriva, no Brasil, da constatação dos riscos que o tratamento inadequado dos dados traz à proteção da personalidade da pessoa humana”. A Lei Geral de Proteção de Dados “[...] se inspira na legislação europeia e traça um verdadeiro pilar para o uso correto dos dados, “[...] conferindo lhes tratamento adequado com salvaguarda da autodeterminação do usuário, atendimento de interesses legítimos e dos padrões de transparência, verificação e responsabilidade” (Garcel; Moro; Hippertt, 2023, p. 103).

Os princípios da LGPD, como a transparência (ou da publicidade), segurança, prevenção e a não discriminação, são essenciais para a proteção dos dados dos clientes bancários.³

A responsabilidade dos bancos no caso de vazamento de dados é um ponto crítico, especialmente considerando que tais incidentes podem facilitar a ocorrência de golpes financeiros.

Estudo como os de Bruno Bioni (2019, Pág. 180 - 189) evidencia a importância da implementação de políticas robustas de governança de dados e da adoção de medidas técnicas e administrativas adequadas para proteger os dados pessoais.

A jurisprudência também começa a refletir a aplicação da LGPD, com decisões que reforçam a obrigação dos bancos de garantir a segurança dos dados sob sua custódia e de reparar danos em caso de falhas.

Além do Código de Defesa do Consumidor e da Lei Geral de Proteção de Dados, outras legislações desempenham um papel crucial na regulação das atividades bancárias e na proteção dos consumidores no caso de golpes financeiros.

A Lei Complementar nº 105/2001, dispõe sobre o sigilo das operações financeiras e impõe limites rigorosos à divulgação de informações bancárias, protegendo a privacidade dos clientes.

A Lei do Sigilo Bancário, como também é conhecida, é fundamental para a preservação da confiança dos consumidores nas instituições financeiras. No entanto, em seu artigo 1º, viabiliza a quebra de sigilo em situações específicas, como investigações criminais e procedimentos judiciais.

Arnold Wald (2014) discute amplamente as condições e os impactos da quebra do sigilo, especialmente, no contexto de investigações de golpes e fraudes financeiras.

A legislação aplicada, incluindo o Código de Defesa do Consumidor (CDC), a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a Lei do Sigilo Bancário, é essencial para garantir a proteção dos consumidores em suas relações com instituições financeiras. Isso porque, não apenas estabelecem a responsabilidade objetiva dos bancos em

³ Cf. GARCEL, Adriane; MORO, Sérgio Fernando; HIPPERTT, Karen Paiva. Lei geral de proteção de dados: diretrizes e implicações para uma sociedade pandêmica. Revista Gralha Azul: Periódico Científico da EJUD/PR, Curitiba, 15. ed., p. 101 – 114, 2023. Disponível em: <f75c8114-d23c-5a31-0b25-ce3555c2d251>. Acesso em: 17 mar. 2025.

casos de golpes financeiros, mas também impõem rigorosos padrões de segurança e privacidade.

O microssistema de proteção cria um ambiente jurídico que promove a confiança dos consumidores no Sistema Financeiro Nacional (SFN)⁴, assegurando que as instituições bancárias adotem práticas adequadas de governança e proteção de dados.

A efetiva aplicação e interpretação da legislação pelos tribunais, no entanto, é crucial para enfrentar os desafios contemporâneos e preservar a integridade das relações de consumo.

2. GOLPES FINANCEIROS

A crescente digitalização dos serviços bancários trouxe consigo uma série de vulnerabilidades que são exploradas por criminosos para aplicar golpes financeiros.

O capítulo abordará os tipos mais comuns de golpes, incluindo *phishing*, fraudes com Pix e clonagem de cartões, além de discutir o impacto financeiro e emocional causado nas vítimas.

O *phishing* é uma das formas mais antigas e prevalentes de golpe *online*. Consiste no envio de mensagens fraudulentas, geralmente por *e-mail* ou SMS, que aparentam ser de fontes confiáveis, como bancos ou outras instituições financeiras, com o objetivo de induzir a vítima a revelar informações pessoais, como senhas e números de cartões de crédito.

Bruce Schneier (2000) destaca a sofisticação crescente das técnicas de *phishing*, que muitas vezes envolvem até mesmo a criação de sites falsos extremamente convincentes.

Eduardo Magrini (2018, p. 91 - 109) também discute a evolução desses ataques e a importância de políticas robustas de segurança cibernética para mitigá-los.

Com a implementação do Pix, sistema de pagamento instantâneo do Banco Central do Brasil, novas modalidades de fraude surgiram. Os golpistas se aproveitam da rapidez e da facilidade das movimentações para aplicar golpes, induzindo as vítimas a realizarem transferências sob pretextos falsos.

⁴ “O Sistema Financeiro Nacional é responsável por intermediar os fundos disponíveis dos poupadores para os tomadores de recursos, mantendo o fluxo de capitais. Composto por um conjunto de instituições, entidades de regulação, fiscalização e intermediação, seu funcionamento se dá conforme as normas editadas pelos órgãos normativos [...] – a depender do segmento do mercado” – (Hippertt; Bertoncini, 2023 in Garcel (org.), 2023, p. 393).

Outro método de golpe, é a clonagem de cartões de crédito e débito que, apesar dos avanços tecnológicos como os chips EMV, continua sendo um problema significativo.

Os criminosos utilizam dispositivos conhecidos como "*skimmers*" para copiar as informações dos cartões durante transações legítimas, que são, então, usadas para realizar compras fraudulentas.

Os golpes financeiros não só acarretam perdas monetárias significativas para as vítimas, mas também causam impactos emocionais profundos.

As vítimas de fraudes financeiras frequentemente sofrem de estresse, ansiedade e perda de confiança nas instituições financeiras.

Na doutrina, John Wilson (20196) explora o impacto psicológico das fraudes cibernéticas nas vítimas, destacando como a sensação de violação e a perda de controle podem ter efeitos duradouros.

O cenário reforça a importância da aplicação prática dos mecanismos de governança e proteção previstos pela legislação especial para a proteção dos consumidores usuários do sistema bancário.

3. DEVER DE SEGURANÇA DOS BANCOS

O dever de segurança dos bancos é uma responsabilidade fundamental que visa proteger os interesses e dados dos consumidores contra fraudes e outras atividades criminosas.

Trata-se de uma obrigação decorrente da relação de confiança estabelecida entre o banco e seus clientes, que impõe às instituições financeiras o dever de garantir a proteção dos dados e transações. Espera-se que as instituições utilizem todos os meios razoáveis para prevenir fraudes e assegurar a integridade das operações financeiras.

A proteção bancária é inerente ao contrato, sendo essencial para manter a credibilidade e a confiança no sistema financeiro.

Para cumprir com o dever de segurança, os bancos adotam diversas medidas tecnológicas e procedimentais, dentre as quais: 1) criptografia, que consiste na utilização de algoritmos de criptografia para proteger as informações transmitidas entre os clientes e os bancos; 2) autenticação Multifatorial (MFA), com a implementação de métodos de autenticação adicionais, como biometria e *tokens* de segurança, para além das senhas tradicionais; 3) monitoramento Contínuo, baseado



na utilização de sistemas avançados de monitoramento para detectar atividades suspeitas em tempo real; 4) atualização constante de sistemas de *software* para corrigir vulnerabilidades, melhorar a segurança e a educação do cliente; 5) programas de conscientização e educação dos clientes sobre práticas seguras de uso de serviços bancários *online*. Essas medidas são essenciais para criar um ambiente seguro para as transações financeiras e prevenir fraudes.

A legislação brasileira estabelece um conjunto de expectativas legais e normativas que as instituições financeiras devem seguir para garantir a segurança dos dados e transações dos clientes.

Dentre as principais legislações e regulamentações estão, o CDC impõe aos bancos o dever de segurança, estipulando que as instituições são responsáveis por garantir a proteção dos consumidores contra riscos previsíveis de fraude e outras práticas abusivas.

A LGPD, por seu turno, exige que as instituições financeiras adotem medidas adequadas para proteger os dados pessoais dos clientes contra acessos não autorizados e outras formas de tratamento inadequado.

O Banco Central do Brasil, também, emite regulamentações específicas que estabelecem padrões de segurança para as operações bancárias e de pagamento, como a Resolução 4.658, que trata da política de segurança cibernética e dos requisitos para a contratação de serviços de processamento e armazenamento de dados.

A conformidade com essas normativas é crucial para assegurar que os bancos mantenham um alto padrão de segurança e estejam preparados para responder a incidentes de segurança de forma eficaz. O não cumprimento dessas expectativas pode resultar em sanções severas, incluindo multas e responsabilidades civis.

4. A RESPONSABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E A JURISPRUDÊNCIA ATUAL

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem desempenhado um papel crucial na definição da responsabilidade civil dos bancos em casos de fraudes e golpes financeiros.

Em diversas decisões, o STJ tem reafirmado que as instituições financeiras são objetivamente responsáveis pelos prejuízos causados aos clientes em razão de falhas na prestação de serviços, incluindo fraudes praticadas por terceiros.

Um dos principais precedentes da Corte é o Recurso Especial nº 1.199.782/MG, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 2011, que consolidou o entendimento de que os bancos têm responsabilidade objetiva, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), por danos causados por defeitos na prestação de serviços. Isso inclui situações em que os clientes são vítimas de golpes aplicados por terceiros, desde que se comprove a falha na segurança dos serviços bancários oferecidos.

A análise da jurisprudência permite uma compreensão aprofundada de como a jurisprudência tem se posicionado sobre a responsabilidade dos bancos nos casos de golpes.

No julgamento, em 2011, do REsp 1.199.782/PR, de mesma relatoria, o STJ reconheceu a responsabilidade de uma instituição financeira por não ter implementado medidas adequadas de segurança, resultando na fraude contra o cliente, reforçando o entendimento anterior.

O entendimento foi consolidado na Súmula 479, do STJ, que fixou a seguinte tese: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”.

Em 2024, a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, editou o informativo 823, reiterando a responsabilidade objetiva das instituições bancária nos casos de fraudes bancária: “A instituição financeira responde pelo defeito na prestação de serviço consistente no tratamento indevido de dados pessoais bancários, quando tais informações são utilizadas por estelionatário para facilitar a aplicação de golpe em desfavor do consumidor”.⁵

A Turma Nacional de Uniformização (TNU) ao julgar pedido de uniformização apresentado por cliente bancário em caso envolvendo a fraude bancária conhecida como “golpe do motoboy” também enfatizou a responsabilidade das instituições em assegurarem a segurança das operações e implementarem medidas eficazes na prevenção de fraudes. Conforme o Tema 331⁶, fixado na sessão ordinária:

⁵ Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo-&acao=pesquisar&livre=fraude+e+bancaria&refinar=S.DISP.&&b=INFJ&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1.A>>. Acesso em: 17 mar. 2025.

⁶ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2024/agosto/tnu-fixa-tese-sobre-fraudes-bancarias-conhecidas-como-201cgolpe-do-motoboy201d?utm_source=chatgpt.com>. Acesso em: 17 mar. 2025.

1. O uso indevido de cartão de débito ou crédito por terceiro, mediante fraude, constitui, em regra, fortuito interno para os fins da Súmula 479/STJ, salvo se comprovada culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 14, § 3º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor). 2. Em princípio, a realização de operação com o uso de cartão e senha descaracteriza a responsabilidade do banco por configurar quebra do dever contratual de cuidado do cliente. 3. Todavia, não se configura a excludente de responsabilidade se, independentemente de prévia comunicação da ocorrência pelo titular do cartão, (i) as circunstâncias em que as operações foram realizadas e o perfil do consumidor revelarem fortes indícios de fraude detectáveis pelo banco; ou (ii) não restar claramente demonstrado o descumprimento consciente, pelo consumidor, do dever contratual de cuidado no uso do cartão, seja em razão do grau de sofisticação dos meios de engenharia social empregados pelos fraudadores, seja pela condição de hipervulnerabilidade da vítima.

As decisões ressaltam a obrigação dos bancos de garantir a segurança de suas operações e a proteção dos dados dos clientes. A responsabilização objetiva imposta incentiva a implementação de melhores práticas e tecnologias para prevenir fraudes, promovendo um ambiente bancário mais seguro e confiável.

Dessa forma, a jurisprudência atual não só protege os direitos dos consumidores hipervulneráveis, mas também fomenta a evolução contínua das normas de segurança no setor financeiro, refletindo uma evolução significativa no equilíbrio das relações de consumo.

5. O DEVER DE PROTEÇÃO DOS DADOS DOS CONSUMIDORES

O setor bancário é complexo e envolve riscos muito particulares, decorrentes de uma atividade que movimenta grandes volumes de recursos e dados de pessoas físicas e jurídicas. Por isso, a proteção de dados pessoais no setor é uma questão de extrema relevância, que ganha ainda mais destaque após a implementação da Lei Geral de Proteção de Dados.

A LGPD estabelece diretrizes fundamentais para o tratamento de dados pessoais no Brasil por meio de princípios, tais como, princípio da finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas.⁷

Os princípios e diretrizes da legislação especialmente direcionada à proteção e adequado tratamento dos dados devem ser observados pelas instituições financeiras

⁷ Cf. GARCEL, Adriane; MORO, Sérgio Fernando; HIPPERTT, Karen Paiva. Lei geral de proteção de dados: diretrizes e implicações para uma sociedade pandêmica. Revista Gralha Azul: Periódico Científico da EJUD/PR, Curitiba, 15. ed., p. 101 – 114, 2023. Disponível em: f75c8114-d23c-5a31-0b25-ce3555c2d251. Acesso em: 17 mar. 2025.

como guias a serem seguidos ao coletar, tratar e processar dados dos clientes de forma ética e legal.

Segundo a legislação as instituições financeiras são responsáveis por implementar medidas de segurança eficazes para proteger os dados pessoais contra acessos não autorizados, destruição, perda, alteração ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

No caso de vazamento de dados, os bancos podem ser responsabilizados civilmente e administrativamente, podendo enfrentar multas significativas e danos à sua reputação.

Conforme explicam Moro, Garcel e Hippertt (2023, p. 109), a Lei Geral de Proteção de Dados, prevê sanções que variam de advertências, a multas e proibição do tratamento de dados (total ou parcial), sendo que as multas podem ser fixadas em importe correspondente a 2% do relatório de impacto à privacidade até R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração, com possibilidade de fixação, inclusive, *astreinte* até que se cessem as violações.

No setor bancário, um exemplo de violação envolveu um grande banco brasileiro denominado Banco Inter, que sofreu um vazamento de dados de milhões de clientes (Feitosa Jr., 2018).

A instituição foi multada e teve que implementar novas medidas de segurança e realizar campanhas de conscientização sobre a importância da proteção de dados.

Além das multas, as violações da LGPD podem resultar em ações judiciais por parte dos consumidores afetados, buscando indenizações por danos materiais e morais.

Um recente vazamento de dados envolvendo o Banco Neon, por seu turno, poderá acarretar diversas sanções, conforme a gravidade. Dentre as penalidades, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) poderá aplicar multas de até 2% do faturamento da instituição, limitadas a R\$ 50 milhões por infração, além de emitir advertências e determinar a correção imediata das falhas de segurança. Em casos mais extremos, a ANPD poderá, inclusive, determinar a suspensão parcial ou total do banco de dados afetado.

Além das sanções administrativas, os consumidores prejudicados podem buscar indenizações por danos materiais ou morais, caso consigam comprovar prejuízos decorrentes do vazamento.

Exemplos como estes, cada vez mais comuns, reforçam a necessidade de tratamento especial dos dados dos clientes envolvidos nas operações.

6. MEDIDAS PARA EVITAR GOLPES

A proteção contra golpes financeiros requer uma abordagem multifacetada que envolve tanto os consumidores quanto as instituições financeiras.

Os consumidores desempenham um papel crucial na prevenção dos golpes financeiros. Por isso, devem ser amplamente informados e educados sobre a necessidade de cautela ao receberem comunicações suspeitas, por e-mail, mensagens de texto e chamadas telefônicas, que solicitem informações pessoais ou financeiras.

Os golpistas frequentemente utilizam técnicas de phishing para enganar as vítimas. Por isso, é fundamental que os usuários sejam orientados sobre a importância de escolher senhas fortes e diferentes para cada conta, verificar a segurança dos sites por meio de sinais como o cadeado na barra de endereços e URLs que começam com "https" antes de inserir informações pessoais ou financeiras em um site. A revisão regular dos extratos bancários e os registros de transações também auxilia na detecção de atividades fraudulentas rapidamente.

Os bancos também devem adotar estratégias para fortalecer a segurança bancária e mitigar danos causados por golpes financeiros, incluindo, a utilização de tecnologias como autenticação multifator (MFA), criptografia de ponta a ponta e monitoramento contínuo de transações.

A adoção de um plano de resposta a incidentes bem definido permitirá uma reação rápida e eficaz no caso de um golpe, ou fraude bancária, minimizando os danos para os consumidores e para a instituição.

Além disso, conforme destaca Hippertt (2023, p. 146 - 161) um dos maiores gargalos da cibersegurança é o usuário final. Por isso, é fundamental que a instituição bancária realize treinamentos periódicos com seus funcionários e usuários do sistema, capacitando-os para a correta utilização e garantindo que estejam atualizados sobre as técnicas de fraude e os protocolos de segurança.

As medidas para a prevenção dos golpes financeiros são fundamentais para garantir a segurança e a integridade do sistema bancário, reduzindo significativamente o risco de fraudes e suas consequências.



As práticas não apenas protegem os recursos dos consumidores, mas também reforçam a confiança nas instituições financeiras, promovendo um ambiente econômico mais seguro e resiliente. A conscientização e a colaboração, em contrapartida, entre consumidores e bancos são essenciais para combater as ameaças e manter a estabilidade financeira.

7. A RESPONSABILIDADE DOS BANCOS NA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NOS CASOS DE FRAUDE: ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO

Apesar de robusta em muitos aspectos, a legislação brasileira apresenta lacunas e desafios que podem comprometer a proteção dos consumidores nos casos envolvendo golpes financeiros.

Alguns pontos críticos incluem: A existência de múltiplas leis aplicáveis, como o Código de Defesa do Consumidor (CDC), a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a Lei do Sigilo Bancário, que podem levar a interpretações conflitantes e dificuldades na aplicação uniforme das normas.

A fragmentação dificulta a criação de uma jurisprudência consolidada. Além disso, embora existam boas práticas e normas de segurança definidas, muitas instituições financeiras ainda enfrentam desafios na implementação eficaz das medidas e de responsabilização sólida pelo vazamento de dados.

Apesar de a jurisprudência, especialmente, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ter avançado em muito na aplicação da responsabilidade objetiva dos Bancos, ainda inexistem critérios claros fixados para análise da extensão da responsabilidade nos casos envolvendo fraudes, o que tem gerado insegurança jurídica, com decisões inconsistentes e até mesmo conflitantes.

Em recentes decisões, o STJ consolidou o entendimento de que a responsabilidade objetiva dos bancos deve prevalecer mesmo nos casos em que os golpes são aplicados por terceiros. Assim, o que antes era considerado um caso fortuito externo passa a implicar a responsabilização da instituição financeira, desde que constatada a vulnerabilidades nos sistemas bancários ou a ausência de medidas preventivas.

A apresentação do Projeto de Lei n. 2517/2024 é outro importante avanço na proteção do consumidor bancário. O PL busca implementar e reforçar a responsabilidade objetiva dos bancos, em casos de golpes e fraudes, eliminando o

embate acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações que envolvam bancos e consumidores.

O projeto também prevê obrigações adicionais aos bancos, além das previstas na LGPD, exigindo a adoção de sistemas antifraudes, a orientação dos consumidores e o fornecimento de atendimento especializado às vítimas.

Para melhorar a proteção dos consumidores é necessário um esforço para harmonizar as diversas legislações que regulam a segurança bancária e a proteção do consumidor. Propostas como a criação de um código específico para a segurança bancária podem ajudar a unificar as normas e facilitar sua aplicação.

O investimento em tecnologias avançadas e práticas de segurança cibernética também é uma medida viável, capaz de reduzir o risco de fraudes.

Os bancos devem adotar práticas como autenticação multifator, inteligência artificial para monitoramento de transações e criptografia robusta.

Além disso, em uma união de esforços com as entidades governamentais, deve ampliar as campanhas de educação financeira e de conscientização sobre golpes, informando os consumidores sobre como proteger suas informações e reagir em casos de suspeita de fraude.

Outra medida eficaz, seria a melhoria dos canais de comunicação e suporte ao cliente, garantindo respostas rápidas e eficazes em caso de fraude. Isso inclui a criação de linhas diretas para denúncias de golpes e suporte técnico especializado.

A criação de programas de assistência legal gratuita para consumidores vítimas de fraudes é outra ação que irá facilitar o acesso à justiça e aumentar a proteção dos direitos do consumidor.

No contexto da violação dos direitos, é imprescindível a melhoria dos padrões de segurança jurídica, somente a existência de uma jurisprudência coesa, que firme a responsabilização objetiva dos bancos em casos de fraude, garantirá maior diligência na implementação de medidas de segurança e atendimento célere das reclamações dos consumidores.

Ainda, o Banco Central e autoridades regulatórias integrantes do Sistema Financeiro Nacional também devem aumentar a fiscalização sobre as práticas de segurança dos bancos. Penalidades mais severas por falhas de segurança servem de incentivo para que as instituições financeiras adotem medidas mais eficazes.



CONCLUSÃO

O artigo teve como objetivo explorar a responsabilidade dos bancos em casos de golpes financeiros, com uma análise abrangente da legislação brasileira aplicável.

Abordou o dever de segurança dos bancos, os tipos comuns de golpes, as medidas preventivas adotadas pelas instituições financeiras e a importância da educação financeira para os consumidores. Além disso, analisou-se a jurisprudência envolvendo a matéria, destacando os critérios utilizados pelos juízes para determinar a responsabilidade bancária.

A responsabilidade dos bancos em casos de golpes financeiros não se limita apenas ao cumprimento das leis vigentes, mas envolve um compromisso contínuo com a segurança dos dados dos consumidores e a implementação de medidas eficazes de prevenção a fraudes.

As instituições financeiras devem atentar-se às novas modalidades de golpes e aprimorar constantemente suas práticas de segurança cibernética.

A confiança dos consumidores no Sistema Financeiro Nacional depende diretamente da transparência, da rapidez na resolução de problemas e do suporte adequado fornecido pelas instituições.

A construção de um sistema financeiro seguro e justo é essencial para garantir a estabilidade econômica no país e a proteção dos direitos dos consumidores.

É imprescindível que os bancos, em conjunto com as instituições que compõem o Sistema Financeiro Nacional, adotem medidas proativas para prevenir fraudes, como o uso de tecnologias avançadas de monitoramento e autenticação, além de promoverem a educação financeira dos clientes. Somente assim será possível construir um ambiente de proteção efetiva aos consumidores, com respeito às obrigações impostas pelo microssistema de proteção vigente.



REFERÊNCIAS

ANDERSON, Ross. **Security Engineering: A Guide to Building Dependable Distributed Systems**. 2. ed. Indianapolis: Wiley, 2008.

BIONI, Bruno. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.199.782/MG**. Direito civil. Responsabilidade da instituição financeira pelos prejuízos causados a correntista em decorrência de compensação de cheque em valor superior ao de emissão. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Diário da 12 de setembro de 2011. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&aplicacao=informativo&livre=%40cnot%3D014154>>. Acesso em: 17 mar. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.199.782**. Recurso Especial Representativo de Controvérsia. Julgamento pela sistemática do art. 543-c do CPC. Responsabilidade civil. Instituições bancárias. Danos causados por fraudes e delitos praticados por terceiros. Responsabilidade objetiva. Fortuito interno. Risco do empreendimento. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Diário da Justiça, 12 de setembro de 2011. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?dt_publicacao=12%2F09%2F2011&num_registro=201001193828>. Acesso em: 17 mar. 2024.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DA REDAÇÃO. Especialista analisa vazamento de dados bancários e impacto da LGPD. **migalhas.com.br**, 14 fev. 2025, 16:45. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/424652/especialista-analisa-vazamento-de-dados-bancarios-e-impacto-da-lgpd>>. Acesso em: 17 mar. 2024.

FEITOSA JR., Alessandro. Banco Inter confirma vazamento a clientes, mas diz que dados são de “baixo impacto”. **gizmodo.uol.com.br**, 16 ago. 2018, 12:15. Disponível em: <<https://gizmodo.uol.com.br/banco-inter-vazamento-baixo-impacto/#:~:text=No%20final%20de%20julho%2C%20o%20Banco%20Inter%20foi,Central%20do%20Brasil%20confirmou%20o%20incidente%20de%20seguran%C3%A7a>>. Acesso em: 17 mar. 2024.



GARCEL, Adriane; MORO, Sérgio Fernando; HIPPERTT, Karen Paiva. Lei geral de proteção de dados: diretrizes e implicações para uma sociedade pandêmica. **Revista Gralha Azul**: Periódico Científico da EJUD/PR, 15. ed., p. 101 – 114, 2023. Disponível em: <[f75c8114-d23c-5a31-0b25-ce3555c2d251](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176032/000472165.pdf?isAllowEd=y&sequence=3)>. Acesso em: 17 mar. 2025.

HIPPERTT, Karen Paiva. **Jurisdição humanista, a ordem econômica do capitalismo e a atividade empresarial - os impactos da crise do Judiciário na empresa**: uma interlocução com a sexta onda do acesso à justiça. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) – Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2023.

HIPPERTT, Karen Paiva; BERTONCINI, Mateus. **Os impactos da norma instrução cvm 558 na efetividade do compliance na gestão de investimentos**. In: GARCEL, Adriane (org.). Tutela dos direitos de personalidade na atividade empresarial: estudos em homenagem ao Professor Doutor Miguel Kfoury Neto. 1. ed. p. 393 - 409. Curitiba: Clássica, 2023.

MAGRANI, Eduardo. **A Internet das Coisas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018.

MARQUES, Claudia Lima Marques. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ROSENVALD, Nelson. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

SCHNEIER, Bruce. **Secrets and Lies: Digital Security in a Networked World**. 15. ed. New York: Wiley, 2000.

WALD, Arnoldo. Sigilo bancário e os direitos fundamentais. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, v.6, n. 22, 1998. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176032/000472165.pdf?isAllowEd=y&sequence=3>>. Acesso em: 17 mar. 2025.

**A SAÚDE MENTAL DOS POLICIAIS MILITARES: “ESTADO DE ALERTA”****THE MENTAL HEALTH OF MILITARY POLICE OFFICERS: "STATE OF ALERT"**Rosane de Lima¹Alcelyr Valle da Costa Neto²

Resumo: O artigo aborda a complexa temática da saúde mental dos policiais militares, destacando a importância de uma análise abrangente que considere fatores biológicos, psicológicos e sociais. Enfatiza-se que a saúde mental não se limita ao bem-estar individual, mas está intrinsecamente ligada às condições econômicas, sociais, profissionais e religiosas do indivíduo. No contexto dos policiais militares, os transtornos mais recorrentes incluem depressão, angústia, esquizofrenia, estresse, demência e transtorno afetivo bipolar. As consequências de um agente de segurança pública doente são vastas, abrangendo desde sentimentos de tristeza e baixa autoestima até riscos para a sociedade e para si mesmo, além de problemas sociais, individuais e doenças físicas que podem abreviar a vida ou levar ao suicídio. A Constituição Federal garante o direito à saúde, incluindo a saúde mental, sendo dever do Estado promover assistência e políticas públicas para preservar a saúde mental dos policiais militares. A função do policial militar, que envolve policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública, é um sacerdócio que exige dedicação e sacrifício. Os princípios da hierarquia e disciplina, pilares do direito militar, podem se tornar um fardo pesado, especialmente quando não há acatamento desses princípios, levando a processos disciplinares e judiciais que geram estresse e adoecimento. O artigo também destaca a importância de garantir condições básicas de saúde, tanto física quanto mental, aos policiais militares, desde o ingresso na corporação. A vida na caserna, com forte pressão hierárquica e situações de enfrentamento ao crime, pode levar ao adoecimento, agravado por problemas pessoais e desastres ambientais e de saúde, como a pandemia de Covid-19. A falta de valorização, a inversão de valores e a violência endêmica contribuem para o aumento de suicídios entre policiais militares, superando o número de mortes em confrontos com criminosos. É imperativo que o Estado crie políticas públicas para a proteção e promoção da saúde mental dos militares e demais profissionais da segurança pública, visando à prevenção de transtornos mentais relacionados ao exercício da profissão. A conscientização, o atendimento médico e psicológico constante, e o afastamento imediato do militar ao primeiro sinal de problema são medidas essenciais. A valorização da categoria, o acolhimento e o respeito são fundamentais para que os policiais militares se sintam amparados e respeitados, exercendo seu trabalho de excelência na prevenção e combate à criminalidade.

Palavras-Chave: Saúde Mental; Policiais Militares; Transtornos Mentais; Políticas Públicas; Segurança Pública.

¹ Graduada em Direito, advogada militarista e civilista, atual Diretora Executiva da Comissão de Direito Militar da OAB/PR, foi Presidente da Comissão na gestão 2022/2024, integrada como membro a dez anos, da qual também foi vice-presidente (gestão 2019/2021) secretária (gestão 2015/2018), atual Vice Presidente da Comissão Nacional de Direito Militar da Associação Brasileira de Advogados, Pós graduada em Direito Processual Civil pela PUC/PR, Pós Graduada em Direito Militar pela Verbo Jurídico, Especialista em Direito Militar. Email: rosane@nogueiralima.adv.br

² Doutor, Advogado, Professor Universitário (ISULPAR), R. João Eugênio, 534 - Costeira, Paranaguá/PR, Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/0076425146428885>>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0003-2644-8623>>. E-mail: avcostaneto@yahoo.com.br.

Abstract: The article addresses the complex issue of the mental health of military police officers, highlighting the importance of a comprehensive analysis that considers biological, psychological, and social factors. It is emphasized that mental health is not limited to individual well-being, but is intrinsically linked to the economic, social, professional, and religious conditions of the individual. In the context of military police officers, the most recurrent disorders include depression, anguish, schizophrenia, stress, dementia, and bipolar affective disorder. The consequences of a sick public security agent are vast, ranging from feelings of sadness and low self-esteem to risks to society and oneself, as well as social and individual problems and physical illnesses that can shorten life or lead to suicide. The Federal Constitution guarantees the right to health, including mental health, and it is the duty of the State to promote assistance and public policies to preserve the mental health of military police officers. The function of the military police, which involves ostensible policing and the preservation of public order, is a priesthood that requires dedication and sacrifice. The principles of hierarchy and discipline, pillars of military law, can become a heavy burden, especially when these principles are not respected, leading to disciplinary and judicial proceedings that generate stress and illness. The article also highlights the importance of ensuring basic health conditions, both physical and mental, for military police officers, from the moment they join the corporation. Life in the barracks, with strong hierarchical pressure and crime-fighting situations, can lead to illness, aggravated by personal problems and environmental and health disasters, such as the Covid-19 pandemic. The lack of appreciation, the inversion of values and endemic violence contribute to the increase in suicides among military police officers, surpassing the number of deaths in confrontations with criminals. It is imperative that the State create public policies for the protection and promotion of the mental health of military personnel and other public security professionals, aiming at the prevention of mental disorders related to the exercise of the profession. Awareness, constant medical and psychological care, and the immediate removal of the military at the first sign of a problem are essential measures. Valuing the category, welcoming and respecting are essential for military police officers to feel supported and respected, exercising their work of excellence in preventing and combating crime.

Keywords: Mental health; Military Police; Mental Disorders; Public Policies; Public Safety.

INTRODUÇÃO

Para iniciarmos este estudo, é preciso entender que o termo “saúde mental” é complexo e não se limita ao sentimento do indivíduo isoladamente, mas sim se caracteriza pela soma de várias circunstâncias, aspectos e fatores que permeiam a vida do dito sujeito. É dizer que a análise e a conceituação do termo devem ser feitas de forma ampla e abrangente, incluindo o bem-estar da pessoa, suas possibilidades, habilidades, desafios cotidianos, bem como as formas pelas quais esse indivíduo pode contribuir para sociedade na qual está inserido.

É possível compreender, a partir dessa premissa, que a saúde mental está intimamente ligada ao bem-estar, às condições econômicas de vida, às questões



sociais, profissionais, religiosas, entre outras, que estão associadas e intimamente entrelaçadas ao aspecto psicológico e emocional do ser humano.

Atentando-se a todos os aspectos supracitados, evidentemente se entende que o ambiente em que o indivíduo está inserido também é de grande relevância para a sua saúde mental, existindo uma irrestrita interação entre os fatores biológicos, psicológicos e sociais.

As doenças e transtornos mentais com destacada relevância e que recebem especial atenção pela sociedade no geral, atualmente, são: a depressão, o transtorno afetivo bipolar, a esquizofrenia (e outras psicoses), a demência, a deficiência intelectual e os transtornos de desenvolvimento, incluindo o autismo. Sobre a questão, Cruz (2024) elucida que:

Na lista dos transtornos mentais, Classificação Internacional de Doenças (CID) aceita pelo Ministério do Trabalho, estão ansiedade, fobias, transtornos obsessivos compulsivos (TOC), as dependências químicas, a esquizofrenia, os mentais orgânicos como demência, a depressão, o pânico, o transtorno de estresse pós-traumático, dentre outros.

Especificamente nos casos dos policiais militares, verifica-se que os transtornos mais recorrentes são: depressão, angústia, esquizofrenia, estresse, demência, transtorno afetivo bipolar. O diagnóstico nem sempre é fácil.

As principais consequências de um agente da segurança pública doente são sentimentos de tristeza, pessimismo e baixa autoestima, risco que ele pode representar para a sociedade e para si, os vários problemas sociais e individuais que serão acarretados, as dificuldades dentro da instituição a que pertence, além das diversas doenças físicas provenientes desse processo de sofrimento psíquico, em vista da baixa imunidade e excesso de cortisol no corpo, circunstâncias que muitas vezes abreviam sua vida ou levam o policial militar a cometer suicídio.

Entender a saúde mental como um sentimento que envolve o corpo, as emoções e a forma como interagimos com as outras pessoas demonstra a importância e a relevância do tema, de modo a entender que é preciso colaboração e esforço geral dos policiais militares e da sociedade em si, proporcionando ajuda e apoio mútuo.

No mais, a saúde, no seu mais amplo sentido, é garantia esculpida na Constituição Federal, sendo dever do Estado promover sua assistência. Essa garantia constitucional visa obrigar o Estado a adotar políticas públicas para que a saúde mental de todos, e em especial dos policiais militares, visto a importância e relevância

da função, sejam preservadas. O Ministério da Saúde explica tal direito e dever constitucional:

A garantia do direito constitucional à saúde inclui o cuidado à saúde mental. É um dever do Estado brasileiro que tem a responsabilidade em oferecer condições dignas de cuidado em saúde para toda população. No Brasil, a política de saúde mental se pauta em princípios como a desinstitucionalização, o cuidado em liberdade e os direitos humanos (Saúde [...], [202-?]).

As polícias militares dos estados, evidentemente, fazem parte da segurança pública, cuja previsão está na Constituição Federal:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. VI - polícias penais federal, estaduais e distrital (Brasil, 1988, grifo nosso).

O policial militar tem como função principal o policiamento ostensivo, cuja finalidade é preservar a ordem pública, sendo também força auxiliar e reserva do exército brasileiro.

Ser militar, independentemente se dos estados ou da União, é dedicar a sua vida em prol do outro, da nação; é um sacerdócio, pois ingressar na carreira é fazer um juramento de defender a sociedade com o sacrifício da própria vida se preciso for. É importante analisar os aspectos e condições mais importantes inerentes à carreira: convívio diário com o risco de morte seu e de seus colegas, fato permanente na profissão; estar juramentado a se comprometer com a própria vida; estar sujeito a preceitos rígidos da hierarquia e disciplina; ter disponibilidade permanente, ou seja, vinte e quatro horas por dia; manter-se em pleno vigor físico, incluindo a necessidade de manutenção de elevado nível de saúde física e mental. Ademais, no início e ao longo de sua carreira, deve o policial militar passar por curso de formação com sistema de educação continuada, cumprindo com reciclagens periódicas.

Enfim, mas não menos importante, mesmo sendo transferido para a inatividade, o policial militar permanece vinculado à profissão, devendo estar pronto para qualquer convocação, salvo se na reforma. Assim, muitos entendem que “o militarismo, por si só, já é um estresse”.

Feitos tais apontamentos, falar-se-á brevemente sobre o princípio da hierarquia e disciplina, motivo que adocece mentalmente muitos militares.

Ora, os princípios da hierarquia e disciplina são considerados os pilares do direito militar e podem ser encontrados nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal da República:

As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas **com base na hierarquia e na disciplina**, sob a autoridade suprema do presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes (Brasil, 1988, grifo nosso).

Hierarquia é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das forças armadas e das forças auxiliares. Essa ordenação se dá por posto ou graduação, conforme a antiguidade. Respeitar a hierarquia é o mesmo que dizer que se acata a sequência de autoridade.

Já a disciplina, segundo Jorge Cesar de Assis (2022), “é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo”.

Compreendidos tais princípios, é possível afirmar que o militar deve seguir rigorosamente rígidas disciplina e obediência, transformando sua farda num pesado fardo.

O binômio hierarquia e disciplina é um mecanismo de controle da tropa, ou seja, os militares são submetidos a rigoroso controle para que a sociedade e os indivíduos tenham a garantia constitucional da paz social. A problemática reside muitas vezes no não acatamento desses princípios pelos militares, que acabam por desviar sua conduta e ferir os valores que devem preservar, cometendo crimes ou infrações disciplinares.

Ao infringir o regulamento castrense e ser submetido a processos disciplinares e judiciais, o policial militar será punido, caso comprovada sua culpa e dependendo das circunstâncias, com seu desligamento da tropa ou sua condenação criminal para cumprimento de pena, ou ambas, na maioria das vezes. Porém, até que se tenha uma solução para o caso em ambas as esferas, o militar sofre um estresse enorme, visto que é difícil manter sua saúde mental intacta respondendo a um processo. Acaba adoecendo física e mentalmente. No mais, ainda que se tenha desviado do caminho,



muitos têm anos de carreira, prepararam-se para o ingresso e não sabem como, caso sejam desligados, farão para sobreviver e manter suas famílias.

Então, pensa-se: “Mas ele está respondendo a um processo, deve arcar com sua conduta negligente”. Ora, a questão aqui discutida, é: o que fazer se ele for absolvido da imputação? Se for condenado sendo inocente? Se a pena a ele imposta for desproporcional ao ato praticado, visto que a decisão administrativa cabe ao comandante, de forma discricionária?

Por mais que o objetivo de qualquer processo, quer administrativo, quer judicial, seja chegar-se à verdade real, não é o que acontece sempre! O processo administrativo ou judicial visa à aplicação da lei ao caso concreto, baseando-se na verdade que, não raras vezes, não é alcançada de forma absoluta. Entre outras questões, “fazer justiça” e “aplicar o direito” são atos absolutamente distintos.

No mais, sabe-se que o estresse é comum no ambiente militar, podendo desencadear diversos problemas psicológicos e episódios depressivos. É comum que o militar seja submetido a uma forte pressão hierárquica, além, claro, de situações inevitáveis atreladas à sua função, como operações de enfrentamento ao crime, que causam gigante desgaste físico e emocional a todos os envolvidos. Esse desgaste gera a possibilidade de o indivíduo perder o controle de suas ações, seja dentro da caserna, seja fora dela, em razão dos distúrbios graves psicológicos que sofre, facilitando a prática de atos que, caso estivesse em plena consciência e em bom estado de saúde mental, não ocorreriam.

No mais, infelizmente é comum que o militar, por força dessa soma de fatores, torna-se dependente de álcool e drogas. Dessarte, é perceptível que, se o estado psicofisiológico do militar não estiver saudável, ele se tornará uma bomba-relógio, um perigo para si e para os outros.

A pressão hierárquica abusiva existe e é comprovada, havendo pesquisas realizadas cujo objeto é a demonstração de que soldados e cabos são os que mais atentam contra as próprias vidas, pois estão na base da hierarquia militar e sofrem muito com as humilhações por seus superiores.

É dever do Estado garantir aos policiais condições básicas de saúde, tanto física quanto mental. É imperioso ressaltar, aliás, que, quando do ingresso na corporação, o policial militar passa por diversos testes e exames, entre os quais estão os de sanidade mental e aptidão física, de forma que seu ingresso somente será permitido caso seja considerado apto. Portanto, não pode ter nenhuma moléstia capaz



de comprometer sua saúde mental e física, no momento de ingresso, de forma que, sendo todos os ingressantes plenamente sãos, é a vida na caserna que muitas vezes o adocece, especialmente quando o tratamento adequado não é oferecido pelo Estado. Nessa senda, para além da atividade militar, é sabido que doenças mentais, como a depressão, são normalmente causadas por alguma situação perturbadora ou estressante que ocorre na vida do indivíduo, como morte de um familiar, problemas financeiros, doença ou divórcio. Acontecimentos marcantes também são causas frequentes de depressão, principalmente aquelas situações que favorecem o estresse prolongado. Assim, a situação se agrava no caso do militar, justamente porque, para além da sua atividade, que já é extremamente estressante, há as questões da sua vida cotidiana.

A depressão é um dos grandes males da atualidade. Como dito acima, são diversas as razões que levam uma pessoa a esse estado, como o estresse, falta de tempo para atividades de lazer, nervosismo, doença, solidão e má alimentação. O fato é que não se trata tão somente de um problema psicológico, visto que outras consequências podem ocorrer. Uma pessoa deprimida apresenta sintomas comuns: estresse excessivo, sofre de insônia, tem aumento ou perda exagerada de apetite e fica triste por qualquer coisa. Considerados o “mal do século”, depressão, estresse e ansiedade são fatores de risco para as demais doenças, pois diminuem a imunidade da pessoa, tornando-a mais vulnerável.

Para além da sua vida pessoal e vivência na caserna, o policial militar, estando a linha de frente, nas ruas combatendo a criminalidade, tem alta carga de estresse inerente ao perigo que enfrenta todos os dias, as mortes e crimes que presencia, causando males de toda a ordem.

Vivemos num país cujos índices de violência são assombrosos em quase todas as grandes cidades. Todos os dias esses militares se deparam com diversos crimes, como homicídios, estupros, roubos, furtos.

O Brasil tem 28% (vinte e oito por cento) da população em situação de pobreza, e a violência é uma das suas consequências, pois muitos roubam para comer e sustentar suas famílias. Outros mais já nascem num contexto de pobreza extrema, em que estudar não é sequer cogitado. Sem estudo, sem educação, o que resta? Vários se tornam reféns do crime organizado, em especial no contexto do tráfico de drogas, aumentando a criminalidade. É uma questão social complexa de resolução não imediata.

Assim, o militar está inserido num contexto de pobreza (favelas e comunidades onde a violência impera), em que as leis não punem (hoje ele prende, amanhã a justiça solta), o Estado não o valoriza como deveria (ausência de prevenção e atendimento efetivo para saúde mental e perseguição velada), com vivência na caserna onde o respeito aos seus pares e aos subordinados não é observado, e há uma completa inversão de valores, na qual se criminaliza a polícia e se vitimiza o bandido. Num país cujo número de militares mortos em confronto é gigantesco, em que o marginal é mais bem armado que a polícia, tendo que enterrar seu companheiro de farda, adoecer é uma consequência.

Não se pode perder de vista que, além de todas as questões aqui expostas, tanto aquelas inerentes à função do militar quanto as problemáticas atreladas aos problemas particulares da vida de cada indivíduo, temos que enfrentar em iguais condições os desastres e fenômenos nem um pouco comuns, acontecidos nos últimos tempos, como é o caso da pandemia.

Veja, foi uma pandemia que parou o mundo. Vivemos dois anos (2020 e 2021) de uma verdadeira roleta-russa, sem saber quem seria o “escolhido” da vez. A morte nunca ficou tão evidente e certa. Assistimos a todos, civis e militares, morrendo aos montes, sem nem sequer ter a oportunidade de atendimento e tratamento, talvez cura. Assistimos a pessoas despedindo-se dos seus entes queridos sem velório, muitas foram enterradas em valas comuns. Caminhões frigoríficos em frente aos hospitais. Idosos, doentes e crianças morreram; atletas morreram; políticos morreram; celebridades e pessoas comuns morreram, independentemente de cor, raça, idade ou condição financeira. A explicação? Não se tem até hoje!

Os problemas de saúde mental aumentaram gravemente nesse período, tanto que o país é considerado a nação mais ansiosa do mundo e a quinta mais depressiva, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS) (Brasil [...], 2019).

As consequências da pandemia de Covid-19, como o sofrimento de perdas familiares, o sentimento de medo, a falta de socialização e a instabilidade no trabalho, contribuíram para aumentar o nível de estresse dos brasileiros, seja de qual profissão fossem. Assim como os profissionais ligados à saúde, a segurança pública também não podia parar, então o medo de contaminação era iminente, impactando a tropa. À proporção que a pandemia aumentava, crescia também o sofrimento com doenças mentais pelos cidadãos e profissionais.



A realidade vivenciada pelos policiais militares na pandemia aumentou a tensão e o estresse, pois, como não podia ser diferente, foram integrados aos grupos de trabalho essenciais naquele momento, mantendo suas atividades de policiamento. Não bastando, sofreram também com a sobrecarga de trabalho, pois tinham que controlar a circulação de pessoas fora dos horários permitidos, fiscalizar comércios, bares e restaurantes, fiscalizar se os decretos e portarias estaduais estavam sendo obedecidos.

Questões ambientais, como os desastres de Mariana (MG) e Brumadinho (MG), que tiveram atuação direta dos Bombeiros Militares, também foram marcantes. Ainda, em 2024, os militares prestaram socorro nas enchentes no Rio Grande do Sul, como nunca visto. Houve uma comunhão de esforços para atuar na tragédia que afetou centenas de milhares de pessoas e animais. As cenas foram chocantes e tiraram muitos de casa. Não muito longe, vivemos hoje outra situação preocupante, o Brasil queimando e a baixa qualidade do ar.

As questões postas acima demonstram que os desastres ambientais, sociais e de saúde são enquadrados no contexto das causas para doenças da população comum e dos policiais militares, pois dos efeitos de tais circunstâncias ninguém pode fugir.

Além das questões que afetam a saúde mental dos militares, é preciso compreender que, para ser policial militar, a pessoa passa por diversos cursos e por treinamento específico para lidar com situações de risco, mas a forma com que cada um vai lidar com a questão é muito pessoal. Não é uma receita de bolo! O ingresso na corporação já exige do militar um juramento comprometedor. A missão de garantir a lei e a ordem numa sociedade marcada pela violência, com sacrifício da própria vida, a meu ver, aproxima-se de uma sentença de morte.

Existe uma necessidade gritante de atendimento médico e psicológico constante, afastamento imediato do militar ao primeiro sinal de problema e aceitação desse militar sem medo de perseguição e represálias para que os problemas internos não piorem e se tornem seu maior inimigo.

Dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública demonstram que o número de suicídios é alarmante entre policiais militares, acendendo-se uma luz vermelha. O número de militares atentando contra a própria vida em serviço ou de folga, pela primeira vez na história, supera o número de mortes por confrontos com criminosos (Barros; Lima, 2024): “Dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública apontam que

110 policiais militares e civis da ativa tiraram a própria vida em 2023, enquanto 107 morreram em combate – 46 casos no decorrer do trabalho e 61 durante os ‘bicos’.

Não se pode deixar de considerar que vivemos uma “guerra” entre facções criminosas querendo tomar o poder e o controle de comunidades, grandes e pequenas. Presenciamos todos os dias nos jornais locais ou nacionais os confrontos envolvendo a polícia e as ditas facções. O Rio de Janeiro, por exemplo, está tomado pelas facções, que estão inserindo-se em todos os Três Poderes. Essa intensificação no combate ao tráfico de drogas reflete o número de militares doentes, pois temos a bandidagem poderosamente armada, mostrando ser letal se confrontada, ainda que pela polícia. A verdade é que vivemos em meio a essa violência endêmica, e o militar em confronto permanente para detê-la.

O sentimento do militar em face da criminalidade muitas vezes é de grande impotência, acarretando depressão profunda. É certo que o número de suicídios mostra a falha do Poder Público e da saúde na proteção e valorização do policial.

No que tange ao dever do Estado de proteger a saúde mental desses agentes, atendendo ao comando constitucional, deve-se garantir em primeiro lugar condições adequadas de trabalho, assim como pleno acesso a serviços de saúde mental. É preciso criar políticas públicas com essa finalidade, criar leis para a proteção e promoção da saúde mental aos militares e demais profissionais da segurança pública, visando à prevenção de transtornos mentais relacionados ao exercício da profissão.

Assim, adotando medidas preventivas e disponibilizando tratamento aos doentes, será possível mudar o quadro alarmante de militares adoecidos, reduzindo a incidência de transtornos mentais e protegendo a vida não só desses profissionais, mas de toda a sociedade.

É necessário desmistificar a doença, com campanhas de conscientização, palestras nos quartéis etc. O militar muitas vezes não assume sua doença por medo de ser considerado fraco e ser “perseguido” pelo seu superior hierárquico, pois, na sua cabeça, diante da missão militar e de seu treinamento, acredita que militar não pode esmorecer. Ao menor sinal de instabilidade emocional, deve ser retirado das ruas, desarmado e tratado.

Porém, é preciso entender que, além de toda a pressão da função, da violência na qual está inserido diariamente, tem suas vidas, seus problemas pessoais para lidar. Tem conta para pagar, filhos para criar. Muitas vezes contrai dívidas, vicia-se em álcool e drogas. O militar é um ser humano dotado de direito como qualquer outro,



sujeito a problemas cotidianos como qualquer outro, e pode, sim, ficar doente! O militar precisa ser valorizado!

Ao escutar os policiais e suas percepções, compreende-se que as manifestações de impotência e insatisfação derivam eventualmente do fato de se considerarem relativamente abandonados pelo Poder Público e pressionados por vários meios sociais.

Enfim, deve-se ter uma conscientização do Estado e dos comandos das Polícias Militares, com o intuito de conscientizar-se da problemática aqui retratada e aprofundar-se nas formas de enfrentamento efetivo das doenças mentais, transformando principalmente as instituições em ambientes mais saudáveis. É fato que, sem o apoio do comando e da tropa, o sofrimento só aumenta e acaba o militar dando fim à sua dor abreviando sua vida.

Por fim, o quadro é alarmante e pede intervenção urgente do Estado. É preciso que os comandantes e administradores militares, em conjunto, assim como a população, valorizem a categoria, para que se sintam acolhidos e respeitados, pois exercem um trabalho de excelência prevenindo e combatendo a criminalidade. Um policial armado sem condições psicológicas coloca em risco a sua vida e a de todos à sua volta. Estamos em estado de alerta.



REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge C. **Estatuto dos Militares Comentado**: Lei 6.880, de 9 de dezembro de 1980. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2022.

BARROS, Eduarda M.; LIMA, Ludmilla. **Casos de suicídio entre policiais disparam no Brasil e acendem alerta**. Veja, São Paulo, n. 2905, 2024.

BRASIL é o país mais ansioso do mundo, segundo a OMS. **Exame**, 5 jun. 2019. Disponível em: <<https://exame.com/ciencia/brasil-e-o-pais-mais-ansioso-do-mundo-segundo-a-oms/>>. Acesso em: 10 set. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2024.

CRUZ, Wellerson H. **A saúde mental dos agentes de segurança pública**. Jus Brasil, 2022. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-saude-mental-dos-agentes-de-seguranca-publica/1630178796>>. Acesso em: 10 set. 2024.

O TEMPO. **Policiais morrem mais de suicídio do que em confronto**: 'quem é o inimigo'? Contagem, MG: 2024.

SAÚDE Mental. **Mistério da Saúde**, Brasília, [202-?]. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/saude-mental>>. Acesso em: 10 set. 2024.



A BALANÇA DA JUSTIÇA: PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DIGNIDADE HUMANA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL¹

THE SCALES OF JUSTICE: PRESUMPTION OF INNOCENCE AND HUMAN DIGNITY IN THE SUPREME COURT

Barbara Lucia Tiradentes de Souza²

Elisangela Veiga Pontes³

Thalles Jarehd Tiradentes Vaz⁴

Resumo: O presente trabalho propõe uma breve análise do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana em visita à presunção de não culpabilidade a fim de avaliar a aplicação do Direito Constitucional como garantidor da condição moral do ser humano. Nesta busca procura-se demonstrar a aferição aplicativa do Estado brasileiro quanto às garantias fundamentais em uma Sociedade Multicultural Brasileira inserido no contexto de Estado Democrático de Direito. Nesse contexto o professor Neil MacCormick oferece um caminho pelo qual o operador do Direito pode optar por várias soluções razoáveis possíveis.

Palavras-Chave: Dignidade da pessoa humana; Presunção de não-culpabilidade; Pacificação social; Raciocínio Jurídico; Argumentação Jurídica.

Abstract: This work proposes a brief analysis of the constitutional principle of human dignity in relation to the presumption of non-culpability in order to evaluate the application of Constitutional Law as a guarantor of the moral condition of human beings. This search seeks to demonstrate the Brazilian State's applicable assessment of fundamental guarantees in a Brazilian Multicultural Society within the context of the Democratic Rule of Law. In this context, Professor Neil MacCormick offers a path through which the legal operator can opt for several possible reasonable solutions.

Keywords: Dignity of the human person; Presumption of non-culpability; Social pacification; Legal Reasoning; Legal Argumentation.

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

² Doutoranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Programa de Pós-Graduação stricto sensu do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP), da CAPES. Membro do Núcleo de Pesquisa Jurisdição e Democracia do UniBrasil. Mestre em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação stricto sensu norte americano da AMBRA University - FI/ USA. Graduada em Direito pela PUCPR e em Letras Português-Inglês pela FIAR. E-mail: assessoria.jus2@gmail.com.

³ Advogada. Graduada em Direito e Relações Internacionais pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil- UniBrasil. E mail:elisangela@epontes.adv.br

⁴ Bacharelando em Direito pelo Centro Universitário de Ensino, Ciência e tecnologia do Paraná – Uniensino. E-mail: thallestiradentes@gmail.com



1. INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como objetivo geral realizar uma análise das ambíguas decisões do STF sobre a condenação penal em definitivo em 2º GRAU, sob uma breve perspectiva de Neil Maccormick. Nesta seara buscou-se como objetivo específico apresentar uma opção de solução entre as duas hipóteses evidentemente razoáveis, levando em consideração o silogismo jurídico com que as teses foram apresentadas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal.

A partir das lições de John Stuart Mills (2005) vislumbra-se que a paz é encontrada quando as necessidades básicas e desejos das pessoas são realizadas ou estão em processo de realização. Nesse sentido, o utilitarismo referenda o Princípio da Maior Felicidade como fundamento da moralidade, defendendo que as ações estão certas na medida em que tendem a promover a felicidade.

A figura pitoresca de Hércules, descrita por Ronald Dworkin (2002), como o juiz que reúne em si todo o conhecimento jurídico, social e econômico e de todo o peso da responsabilidade de decidir pelos outros, tal qual Salomão em seu histórico julgamento, ao ordenar que o filho reclamado por duas mulheres fosse partido ao meio para que atendesse a necessidade de ambas de possuírem a criança, é desejável para a evolução da sociedade, no entanto, é impensável que exista um juiz Hércules entre nós.

A sociedade hodierna, civilizada, possui plenas condições de, a partir do diálogo e do respeito ao próximo, externar o que deseja e lhe satisfaz, assim como, é capaz de, nas mesmas condições, aceitar satisfazer a necessidade de outro.

A partir da leitura de Neil Maccormick (2008), compreende-se que o julgador tem que buscar uma resposta correta dentro do sistema normativo (regras e procedimento), diferente de Dworkin, pois haverá nos casos difíceis mais de uma solução correta, por isso exige um processo dialético, com influência da argumentação. Nesse sentido, é lícito aventar que as duas possibilidades de decisão do STF estão corretas, todavia, como se verificar qual é a solução é a mais razoável?

Em busca de elucidar tal questionamento, o primeiro tópico do presente estudo trata, basicamente, de JUS PUNIENDI, delimitando o objeto da nossa análise, a partir do pressuposto que a Condenação Penal em segunda instância era a regra, desde 2016, até 11 de novembro de 2019, quando no plenário do Supremo Tribunal Federal - STF, por 6 a 5, os Ministros decidiram que não é possível a prisão depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância (ADCs 43, 44 e 54).

O segundo tópico traz à baila uma análise do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana sob o foco das teses positivista de HART (2009) e DWORKIN (2002) e da posição conciliadora de NEIL MACCOMICK (2008).

O terceiro tópico trata da Presunção de Não-Culpabilidade e a relação de consequências jurídicas das decisões.

O recorte metodológico utilizado é o temático descritivo relativo aos posicionamentos do STF e à temática retórica de Neil MacCormick, onde se buscou utilizar a metodologia descritiva-prescritiva, por meio da qual foi descrito o panorama legal das decisões a partir da legalidade e constitucionalidade que fundamentaram os votos dos magistrados e a prescrição teórica sobre retórica.

O marco teórico utilizado foi o livro *Retórica e o Estado de Direito* de NEIL MACCOMICK.

2. *JUS PUNIENDI*

No início da formação do ordenamento jurídico, a cada um era concedida a faculdade de dirimir, *exponte propria*, seus conflitos de interesses. Neste contexto foi promulgado então a Lei do Talião, cujo fundamento era a igualdade retributiva expressada na máxima “olho por olho, dente por dente”.

Com a evolução das relações sociais e por consequência das relações jurídicas, aliadas aos abusos praticados na solução privada dos conflitos de interesses, o Estado avocou para si, com exclusividade, a função jurisdicional.

Tendo o Estado avocado para si, com exclusividade, a atividade jurisdicional, impedindo que o particular, em regra, a exerça, nasce para ele – Estado – o dever de dirimir os conflitos de interesses, excetuadas algumas hipóteses, como por exemplo, a transação.

Para isso, há que se assegurar que haja regras cartesianamente pré-estabelecidas⁵.

⁵ “Esta doutrina transcendental da faculdade de julgar deverá conter dois capítulos: o primeiro, que trata da condição sensível, a única que permite o uso dos conceitos do entendimento, isto é, do esquematismo do entendimento puro; o segundo, que trata dos juízos sintéticos que decorrem a priori, sob essas condições, dos conceitos puros do entendimento e que constituem o fundamento de todos os outros conhecimentos a priori, ou seja, dos princípios do entendimento puro” (KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 205).

Estabelecido este dever e sua condição, necessário o Estado munir-se de poderes a ele correlatos, para poder desenvolver esta atividade de forma satisfatória. Daí a expressão “dever-poder” do Estado.

Dentre os poderes de competência do Estado, que lhe foram atribuídos com vista ao cumprimento do dever decorrente da avocação do exercício, com exclusividade, da função jurisdicional, encontra-se o *jus puniendi*, que consiste no direito de punir, como decorrência da prática de fato tido como típico, antijurídico e culpável⁶.

A Constituição Federal de 1988, traz como marco a institucionalização dos Direitos Humanos, como também traz diversos artigos que regem o processo como um todo, trazendo diretrizes e limitação para legislação infraconstitucional, cujo objetivo é garantir o equilíbrio entre poder e dever estatal.

Deve o Estado além de ter o direito de punir, dispor de outro direito que vai realizar aquele, que é o *jus perseguendi* ou *jus persecutionis* (direito de ação) que de certa forma materializa e cristaliza o *jus puniendi*.

Dentre este poder-dever do Estado no presente artigo destacamos o de acusar e punir, bem como os direitos e garantias do acusado que devem ser respeitados a luz dos Princípios Constitucionais, em especial os princípios limitadores do *jus puniendi*.

A observância destes princípios tem como objetivo primordial de garantir ao acusado o contraditório e a ampla defesa, assim efetivando o Direito Penal Garantista, de modo que a intervenção Estatal seja a mínima.

O processo penal que condena o réu da início à execução da pena, ou seja, o cumprimento da sentença condenatória, no entanto, o Código de Processo Penal, no artigo 283, abriu margem para enorme debate nacional que foi parar no STF, onde discutiu quando ocorre o trânsito em julgado da sentença condenatória penal,

⁶ “Considerada a infração penal como a violação de bem juridicamente tutelado por legislação específica, que não só lesa ou ameaça lesar direitos individuais, mas afeta, também, a harmônica vivência comunitária, incumbe ao Estado a restauração da ordem jurídica por ela atingida, de sorte a restabelecer, simultaneamente, a paz social, assecuratória da segurança pública. (...) Esse poder-dever, outrossim, nas sociedades civilizadas, é privativo, exclusivo, do Estado, sendo, por isso, inadmissível, em regra, hodiernamente, a vingança de mão própria: o monopólio estatal do sancionamento penal não se vê excepcionado sequer nos casos de atuação em legítima defesa e de crimes para cuja repressão se permita a iniciativa privada da ação penal, mediante substituição processual” (TUCCI, Rogerio Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 8).

basicamente duas teses foram levada a cabo, primeira tese, dominante até 2019, prescreve que a execução penal inicia na Segunda Instância.

No entanto, com o Julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, passou-se a entender que a sentença condenatória penal inicia quando termina toda possibilidade de modificação da sentença penal.

Torna-se um caso difícil em razão da inexistência de uma norma que defina o exato momento do cumprimento da pena, neste caso o interprete deve fazer a complementação, a tese de Neil MacCormick consiste que nesse caso a justificativa deve cumprir o requisito de universalidade, e, em segundo lugar, que a decisão em questão tenha relação ao sistema, ou seja, que cumpra os requisitos de consistência e coerência e em relação ao mundo, o que significa que o argumento decisivo esteja dentro dos limites marcados pelos critérios anteriores, o que a doutrina comumente denomina uma argumento consequencialista (ATIENZA, 2003).

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A história dos direitos fundamentais remonta a marcos importantes, como a Carta Magna de 1215, que limitou o poder do monarca na Inglaterra medieval, promoveu as liberdades individuais e impôs o dever de abstenção ao Estado.

Além da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, surgida no contexto da Revolução Francesa, que promoveu o dever de atuação do Estado para a promoção do equilíbrio e igualdade material por meio de prestações positivas pelo Estado.

E, nos pós Segunda Guerra Mundial, em que os direitos fundamentais ganharam reconhecimento internacional mais amplo com a promoção dos direitos de titularidade difusa ou coletiva, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948.

Os direitos fundamentais, também conhecidos como direitos individuais, são fiáveis aos alicerces sobre os quais dizem respeito às sociedades democráticas e aos sistemas jurídicos que procuram garantir a dignidade, a liberdade e a igualdade de todos os seres humanos.

Esses direitos representam um conjunto de prerrogativas inerentes a cada indivíduo, independentemente de sua origem, raça, gênero, religião ou outra

característica. São direitos positivados na norma e insculpidos como cláusula pétrea na Constituição Brasileira.

Conforme salientado por Barroso (2020)⁷, os direitos fundamentais desempenham um papel central na proteção das minorias, na promoção da igualdade e na limitação do poder estatal. Nesse sentido, cabe à jurisdição constitucional o papel de guardião desses direitos, garantindo sua efetivação e aplicação no âmbito das relações sociais e estatais.

Cumprir destacar que a natureza interdependente e indivisível dos direitos fundamentais abarca tanto os direitos civis e políticos quanto os direitos econômicos e sociais, sem qualquer tipo de distinção, fazem jus a todos os direitos e liberdades nela apontados.

Os direitos fundamentais constituem o núcleo essencial da ordem constitucional, representando as garantias individuais que asseguram a dignidade da pessoa humana e a liberdade dos cidadãos.

Barroso (2020) aponta que a primeira limitação ao poder do Estado são as limitações materiais, segundo as quais valores básicos e direitos fundamentais não de ser sempre preservados, como a dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Disposto na Constituição Pátria em seu artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade humana é o norte da relação homem – Estado. É o fundamento da existência da maioria das regras jurídicas. Seguindo-se o valor espiritual e moral inerente à pessoa, a norma tem como vínculo único o de respeitar o próprio homem, sob pena de perder sua legitimidade.

Os homens, enquanto seres humanos⁸, são merecedores de condições favoráveis à sua sobrevivência e à manutenção da vida, com a necessária estima que

⁷ “Uma Constituição tem dois propósitos principais: (i) organizar e limitar o exercício do poder político, assegurando o governo da maioria e estabelecendo as regras do jogo democrático; e (ii) definir os direitos fundamentais do povo, instituindo mecanismos para a sua proteção. Os dois grandes papéis das supremas cortes e dos tribunais constitucionais são, precisamente, assegurar o respeito às regras da democracia e proteger os direitos fundamentais. Este foi um dos domínios em que a Constituição e o Supremo Tribunal Federal se saíram particularmente bem nos últimos 30 Anos” (BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 429).

⁸ “O ser humano constitui-se na razão da existência de qualquer normatização. Seguindo tal idéia, obviamente a norma tem o vínculo único de respeitar o próprio homem, sem o qual perde sua legitimidade. O ser humano mais do que nunca é o elo beneficiado da norma jurídica. O homem, portanto, é sujeito das mínimas aspirações, desejos em potencial. Cada pessoa é um universo em si mesmo, com valores diferenciados em uma sociedade pluralista. Nossa normatização, de forma plena, deve se revestir de um campo de força contra os ataques aos valores humanos. (...) Principalmente no âmbito do Processo Penal, que é garantia, a dignidade da pessoa humana é intocável. Nesta seara, o efeito paralisante da norma constitucional sobre as demais é um dogma. Não há princípio cujo integral



merecem todas as pessoas, resguardando-se excepcionais limitações ao exercício dos direitos fundamentais.

O movimento dos Direitos Humanos evoluiu significativamente após a Segunda Guerra Mundial, sendo implementado em nosso sistema jurídico regras e princípios básicos de Proteção aos Direitos Humanos a serem observados pelos Estados inclusive por meio de Convenções e Tratados Internacionais.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada em 1948 e as diversas Convenções de Direitos humanos criadas pela Organização das Nações Unidas a proteção dos Direitos Humanos passa a ter repercussão em todo mundo com o objetivo de padronizar os mecanismos de proteção destes direitos.

A globalização dos Direitos Humanos trouxe aos Estados a necessidade de instituir um modelo de Estado Democrático, capaz de criar e modular novas estruturas de proteção dos direitos humanos dentro do contexto de universalidade estabelecido pelas Nações Unidas.

No Brasil a Constituição Federal de 1988, e marcada pela transição democrática e institucionalização dos Direitos Humanos, pois abriu o sistema jurídico interno para o âmbito internacional, trazendo expressamente em seu artigo 4º o rol de princípios regentes das relações internacionais, dentre os quais destaca-se a prevalência dos direitos humanos.

Partindo desta premissa, faz-se necessário trazer um breve conceito sobre princípios, os quais são diretrizes fundamentais para coordenar as normas que constituem nosso ordenamento jurídico, assim por ser a base de nosso sistema todas as normas devem estar em consonância com nossos princípios constitucionais.

BARROSO (2020), afirma que o reconhecimento da distinção qualitativa entre essas duas categorias e a atribuição de normatividade aos princípios são elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo. Os princípios - notadamente os princípios Constitucionais - são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente os princípios deixaram de ser fonte secundária do Direito, para serem alçados ao centro do sistema jurídico.

cumprimento mais se anseie: se ele for compreendido, os demais princípios estarão sob seu agasalho. Onde há envolvimento da liberdade pessoal do cidadão, é maior a probabilidade de incidentes sobre a dignidade de pessoas ocasionalmente envolvidas com o aparato policial" (BIZZOTTO, Alexandre e outro. Processo Penal Garantista. Goiânia: AB, 1998, p. 14).

Para melhor compreensão, ARAGÃO (2021) define os Direitos Humanos como sendo, “faculdades naturais, inalienáveis, imprescritíveis. São direitos fundamentais da pessoa humana, tanto no seu aspecto individual quanto em relação a comunidade. Devem ser garantidos reconhecidos e respeitados por todos os poderes, cedendo em seu exercício apenas diante das exigências do bem comum”.

Um dos princípios de grande relevância em nosso sistema jurídico que se encontra no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ou seja, trata-se de norma constitucional cujo objetivo é limitar o poder estatal e individual, sempre em benefício ao bem comum e a paz social.

PIOVESAN (2009), leciona que é o princípio da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra o próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, para hermenêutica constitucional contemporânea. Consagra-se, assim, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio, a orientar tanto o Direito Internacional como o Direito Interno.

Diante do contexto a dignidade da pessoa humana carrega em sua definição uma grande importância para o sistema jurídico não só no âmbito nacional como também no âmbito internacional, para integrar políticas públicas que possam atuar em benefício do bem comum.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, e assinada pelo Brasil na mesma data, assume como realização ideal o ser humano livre, reconhecendo a dignidade como inerente à condição humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Igual objetivo traz a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecido Pacto de São José da Costa Rica, sopesando o direito do ser humano em se ver isento do temor e da miséria, por meio da criação de condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos.

Nesse diapasão, o princípio da dignidade humana⁹, apoiado nos princípios romanos elencados, visa proporcionar estabilidade social aos indivíduos, priorizando a relação harmoniosa, leal e honesta entre os homens.

⁹ “O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece

Assim, é preciso destacar o papel dos princípios constitucionais¹⁰ no nosso cotidiano, principalmente nos casos difíceis, onde o cerne do debate jurídico não deve fugir da órbita do positivismo, e só buscar a decisão na discricionariedade pura, sem recorrer a uma solução no sistema jurídico vigente, vai contra o Estado Democrático de Direito.

Embora a própria norma descreva a possibilidade do magistrado agir com uma margem de discricionariedade, o que a doutrina denominou de discricionariedade em sentido fraco, o professor Robert Dworkin¹¹ defere o caso do sargento que escolheu os cinco soldados mais experiente, cabia ao militar escolher quais eram.

verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência de o indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do Direito Romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudicar ninguém) e *suum cuique tribuere* (de a cada um o que lhe é devido)" (MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 129).

¹⁰ "Os princípios fundamentais, na condição de espécie das normas constitucionais, são dotados, portanto, de eficácia e aplicabilidade, sendo normas jurídicas vinculativas, ainda que sua força jurídica não seja igual (em todos os aspectos) à das regras ou mesmo das normas de direitos fundamentais que, a despeito de terem uma dimensão objetiva (e quanto a tal ponto se aproximam dos princípios essencialmente objetivos, como é o caso dos princípios fundamentais aqui versados), assumem a condição de direitos subjetivos. Dentre os principais efeitos jurídicos dos princípios fundamentais está a assim chamada eficácia negativa, que se manifesta de diversas maneiras. Num primeiro sentido, ela enseja a revogação (ou a não recepção) de normas infraconstitucionais editadas antes da entrada em vigor da CF, que deixam de ser aplicadas naquilo em que frontalmente contrastam com o conteúdo da constituição.⁶⁸⁹ Numa segunda acepção, a eficácia negativa diz com a declaração de inconstitucionalidade (em sede de controle difuso ou concentrado) das normas infraconstitucionais posteriores quando em desacordo com a constituição. Ainda no plano de uma eficácia do tipo negativo, embora, salvo melhor juízo, já avançando em direção a uma eficácia do tipo positivo, temos o que talvez seja o efeito mais relevante e próprio dos princípios fundamentais, qual seja, o de servirem como critério material para a interpretação e integração do direito infraconstitucional, mas também, especialmente no caso dos princípios fundamentais, para a interpretação da própria constituição. Nesse sentido, o intérprete/aplicador, no âmbito de suas respectivas limitações funcionais, deverá sempre privilegiar uma interpretação o mais conforme possível aos princípios fundamentais, afastando as opções interpretativas incompatíveis. No caso de se verificarem lacunas na esfera infraconstitucional, serão os princípios constitucionais, com destaque para os princípios fundamentais, acessados para a sua adequada superação, o que, de resto, corresponde ao que estabelece também a lei geral de introdução às normas. Mas também, a depender das circunstâncias, a omissão reiterada por parte do legislador (e, no sistema brasileiro, também dos demais órgãos estatais quando em causa a omissão quanto à regulamentação) poderá ensejar um juízo de reprovação, declarando-se a inconstitucionalidade por omissão. De todo modo, tais cargas de eficácia dos princípios, mesmo que no plano objetivo, bem demonstram que os princípios fundamentais podem exercer, mesmo na condição de direito objetivo, importantes efeitos jurídicos" (Sarlet, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 330 – 332)

¹¹ Algumas vezes empregamos "poder discricionário" em um sentido fraco, apenas para dizer que, por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar. Usamos este sentido fraco quando o contexto não é por si só esclarecedor, quando os pressupostos de nosso público não incluem esse fragmento de informação. Assim, podemos dizer: 'as ordens do sargento deixaram-lhe uma grande margem de poder discricionário' a todos aqueles que desconhecem as ordens do sargento ou algo que tornou essas ordens vagas ou difíceis de ser executadas. Para fins de esclarecimento, faria perfeitamente sentido acrescentar que o tenente ordenara ao sargento que levasse em patrulha seus

Para o Robert Dworkin o sistema de justiça é completo. O pressuposto que não existe caso sem decisão e que na falta da premissa maior, a possibilidade de recorrer a discricionariedade, não interfere no Direito, mas sempre haverá no sistema uma solução para o caso, há uma resposta ideal. A sua tese é prescritiva, para determinar o melhor direito. As regras¹² não são a única fonte do direito, existem outras chamadas de princípios, gênero, e duas espécies; princípios propriamente ditos e princípios de políticas públicas.

Enquanto Hart (2009) apela para uma teoria descritiva, onde busca dizer que é o direito em todas as situações, mesmo que não seja o melhor direito, há uma ambiguidade¹³ do sistema jurídico, o magistrado vai pronunciar o direito adequado ao caso, até que não seja modificado pela instância superior, a última palavra é do Supremo Tribunal Federal, portanto, nos casos difíceis é possível dizer que o direito é o que os juízes dizem.

A visão construtiva e o papel da argumentação jurídica de NEIL MACCORMICK (2008) concilia as duas posições, de HART (2009) e DWORKIN (2002), o julgador deve buscar no sistema jurídico a solução dentro nas normas preestabelecida, mas nos casos difíceis a solução exige a argumentação jurídica, o processo é dialético; segue uma tese, uma antítese e a síntese do julgador.

A importância do julgador é se posicionar em mais de um argumento racional é possível, as duas teses sobre quando inicia o cumprimento de pena são, sem dúvida, razoáveis e possíveis, se de um lado o réu só é culpado quando transitado em julgado

cinco homens mais experientes, mas fora difícil determinar quais eram os mais experientes" (Dworkin, Ronald. Levando os direitos a sério - tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 51).

¹² "A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis 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, Ronald. Levando os direitos a sério - tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 51).

¹³ "Os enunciados da lei são ambíguos, complexos, pois podem apresentar mais de um significado, exprimir mais de uma norma, ou apresentar outros aspectos que dependem de interpretação. Ao depender de interpretação, é necessário reconhecer que mesmo a lei depende de individualização, valoração e escolhas entre as opções de significado; somente após essa atividade é que do texto se pode extrair uma norma. Mesmo superada a equivocidade, as normas possuem uma peculiaridade, pois são vagas. Isso significa que não é possível antecipar exatamente quais são os casos que entram no seu âmbito de aplicação. As normas possuem textura aberta e geram zonas de penumbra que devem ser reduzidas na medida em que são aplicadas caso a caso" (Pugliese, William Soares, Rosa, Viviane Lemes. PROCESSO CIVIL E TUTELA DE DIREITOS. In: ALVITES, Elena; SARLET, Ingo W.; SCHIER, Paulo; ALCALÁ, Humberto Nogueira. (Org.). Direitos Fundamentais & Democracia: Novas Abordagens na Perspectiva Interamericana. Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2022, p. 494)



na última instância, por outro lado a condenação em segundo grau de jurisdição encerra a fase probatória, a acusado se defende dos fatos, nos tribunais superiores a questão é de direitos.

Essas teses pressupõem a diferença entre os princípios de Não-culpabilidade e da presunção de inocência, isto que, passaremos a discorrer no próximo capítulo.

4. A PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE

O homem, em sua fase embrionária, já é senhor de direitos inerentes à sua condição de ser humano. Quando criança tem o direito à informação, à educação, ao amor, ao alimento, ao respeito. Nesse passo, os direitos sofrem evolução, trazendo consigo deveres, sejam sociais ou morais.

Para a prevenção da inobservância dos deveres, a legislação apresenta a previsão de condutas reprováveis e sua forma de persecução e posterior punição.

Os princípios constitucionais servem como um diapasão afinando o que a legislação prevê quanto à conduta e a reação social sobre ela.

De sorte que a Constituição almeja o entendimento entre a punição e o sujeito a ser punido, encarando-o não somente como infrator da norma reguladora, mas como um cidadão. E como tal, com seus direitos resguardados.

A incessante busca do ordenamento portanto é, visualizando-se o Estado Democrático de Direito, em contrapartida ao indivíduo em si mesmo e sopesando-se os princípios romanos, onde termina o direito do indivíduo e começa o *jus puniendi* do Estado aos infratores das normas e ofensores de seus seres-irmãos, harmonizar a vida em sociedade, garantindo direitos individuais e compatibilizando direitos sociais.

Deve-se encontrar sempre presente que o suspeito, o indiciado, o réu e o condenado são sujeitos de direitos indisponíveis. O clamor pelas garantias fundamentais, a crítica às leis iníquas e os protestos às inconstitucionalidades teratológicas são prerrogativas legais suas.

Atualmente o princípio da presunção de inocência encontra-se vigente em nosso sistema jurídico, segundo as diretrizes constitucionais a todos e dada a garantia de que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da penal condenatória.

A Constituição federal de 1988, traz em seu rol dos Direitos e Garantias Fundamentais o princípio da não-culpabilidade ou princípio da presunção da inocência, em seu artigo Art. 5º " Todos são iguais perante a lei, sem distinção de

qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) , LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;"

No mesmo sentido a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela ONU em 1948, estabelece em seu artigo 11 que toda pessoa acusada de um crime presume-se inocente até que seja provada a sua culpabilidade, bem como seja assegurado julgamento público, bem como sejam preservadas as garantias necessárias para ampla defesa.

O princípio da não culpabilidade também está garantido pelo art. 8º, parágrafo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, a qual dispõe que "Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa".

A Declaração Universal dos Direitos Humanos exterioriza os valores da dignidade, liberdade e fraternidade que era os ideais da Revolução Francesa, de tal sorte que transforma os ideais em direitos a serem aplicados tanto na jurisdição interna de cada Estado como também no conjunto de regras e princípios que integram o chamado jus cogens, que são normas gerais imperativas no âmbito internacional.

BOBBIO (2004) em sua obra a Era dos Direitos afirma que "o problema grave de nosso tempo, com relação aos Direitos do Homem não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual e o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados".

Neste diapasão a Constituição de 1988 em seu artigo 5º, LVII, consagra o princípio da presunção de inocência, que consiste no tão consagrado Princípio da Não Culpabilidade ou Presunção de Inocência, destacando ainda a garantia do devido processo legal, visando à tutela da liberdade pessoal.

Além deste princípio expresso na Constituição da República, o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica que em seu art. 8, I, estabelece claramente o Princípio da Presunção de Inocência: "Toda pessoa acusada de delito tem o direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

Considerando que por força do § 2º do art. 5º de nossa Carta Política, este instrumento tem valor de norma constitucional, temos que o Princípio da Presunção de Inocência estaria garantido pelas duas normas constitucionais.

Ademais, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, fora aprovado pelo Decreto Legislativo número 266, de 12/12/1991, promulgado pelo Presidente da República através do Decreto número 592, de 06/07/1992, onde se encontra transcrito, em seu art. 14, 2, "Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa".

Sendo assim, há que ser reconhecido que nosso ordenamento jurídico possui diversas normas que estabelecem a necessidade de somente se atribuir a culpa a alguém, por meio de sentença penal condenatória transitada em julgado.

O que não se pode admitir é a prisão ex lege, sem motivação, ou seja, somente é possível ao magistrado decretar a prisão cautelar se presentes os pressupostos autorizadores constantes no art. 312 do Código de Processo Penal.

No STF são diversas as decisões que reafirmam o princípio constitucional da presunção de inocência e do devido processo legal, dentre outros princípios. Constantemente os Ministros têm lembrado que a Constituição Federal de 1988 instituiu um novo regime no qual a liberdade é a regra e a prisão exige comprovação devidamente fundamentada.

Nesta seara, em nenhum caso poder-se-á atribuir a infração penal a alguém antes da sentença condenatória com trânsito em julgado.

A regra é a liberdade, a inocência do indivíduo, que não pode ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Vale dizer, a inocência não se presume, ela é. Em outras palavras, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o indivíduo é inocente e não apenas presumidamente inocente. Assim, tecnicamente, não cabe mais se falar em presunção de inocência¹⁴, mas sim em presunção de não culpabilidade.

¹⁴ "A presunção de inocência é dado indeclinável do direito penal moderno, num Estado Democrático de Direito. Um dos maiores problemas que o cidadão enfrenta, primeiro na polícia, e depois em Juízo, é ser tido como criminoso, antecipadamente. (...) A Constituição estabeleceu a regra, inculpada, aliás, nos ordenamentos jurídicos mais modernos, de que só o veredito condenatório passado em julgado, ou seja, que não mais pode ser impugnado por qualquer recurso, constitui razão jurídica para que o cidadão seja considerado culpado por prática de infração penal. Antes, não; antes, ele é inocente" (VARGAS, José Cirilo de. Processo penal e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 262-263).

A Constituição da República dispõe sobre este princípio em seu artigo 5º, inciso LVII, afirmando que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas traz em seu artigo XI, nº 1 que “todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

No mesmo sentido CERNICCHIARO (1991) nos apresenta a Constituição de Portugal que traz em seu artigo 32, 2 o seguinte texto:

“Todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.
É o que se denomina ‘princípio da presunção da inocência’. Até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o réu tem o direito público subjetivo de não ser submetido ao estado de condenado.”

MORAES (2011) deixa claro que o princípio da presunção de inocência não deve ser confundido com o princípio *in dubio pro reo* em razão de que “apesar de ambos serem espécies do gênero favor rei, existe substancial diferenciação entre eles” e apresenta como diferenciação entre o primeiro e o segundo instituto afirmando que “enquanto o primeiro sempre tem incidência processual e extraprocessual, o segundo somente incidirá, processualmente, quando o órgão judicial tenha ficado em dúvida em relação às provas apresentadas, devendo então optar pela melhor interpretação que convier ao acusado”.

O mesmo autor orienta quanto a percepção do princípio adequado pelo magistrado de acordo com o trabalho construído pela acusação. Refere-se ao princípio da presunção de inocência como o aplicável quando “a acusação não tiver conseguido provar as alegações ofertadas contra o acusado, não existindo, pois, qualquer dúvida no espírito do magistrado”. Em contrapartida, “o princípio *in dubio pro reo* impõe ao órgão julgador o decreto absolutório quando não tenha se convencido totalmente da procedência das acusações ofertadas”.

Insta consignar que a jurisdição constitucional atua na proteção dos direitos fundamentais por meio do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos,

verificando se estes estão em conformidade com os preceitos estabelecidos na Constituição.

Conforme ensina Mendes (2022)¹⁵, o controle de constitucionalidade pode ser realizado tanto de forma concentrada, por meio de ações diretas de constitucionalidade e de ações de inconstitucionalidade, quanto de forma difusa, por meio do controle incidental realizado no julgamento de casos concretos.

As Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) representam uma ferramenta jurídica¹⁶ crucial no sistema legal de muitos países, incluindo o Brasil. Segundo Barroso (2020), elas têm um papel significativo na proteção dos direitos individuais e na garantia da aplicação da Constituição Federal.

Em sua essência, as ADCs são instrumentos processuais utilizados para afirmar a constitucionalidade de determinadas normas ou leis perante o Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro. Elas diferem das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), que têm como objetivo questionar a constitucionalidade de leis ou atos normativos¹⁷. Enquanto as ADIs são usadas para contestar a legalidade de uma norma, as ADCs têm a finalidade oposta: afirmar sua constitucionalidade.

Dentro do contexto das prisões em segunda instância, as ADCs assumem uma importância particular. Quando uma pessoa é condenada em segunda instância, existe a possibilidade de sua prisão imediata, mesmo que ainda haja recursos pendentes de análise em instâncias superiores. Isso ocorre porque a jurisprudência brasileira, por um período, permitiu a execução provisória da pena após a decisão de segunda instância.

¹⁵ “a fixação de tese pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento de recurso extraordinário, no sentido da constitucionalidade, ou não, de determinada norma legal, antecipa o efeito jurídico de seus julgados em sede de controle de constitucionalidade incidental. Ora, se a decisão de inconstitucionalidade ainda depende da intervenção do Senado, para ter eficácia erga omnes, a declaração de constitucionalidade proferida em sede de controle incidental pelo Plenário vale per se, independentemente de qualquer providência adicional” (Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 2527).

¹⁶ “diante do controle de constitucionalidade de tipo brasileiro, realizado a partir de uma Constituição que contém extenso número de direitos fundamentais dotados de grande abstração, obviamente não há como supor que a relação da Corte com o Parlamento seja semelhante àquela que se dá entre alguém cuja função se limita a reprovar arbitrariedades de outrem. Ao atribuir sentido à Constituição, a Corte em regra elucida questão que não foi resolvida pelo constituinte e tem relevância para as pessoas. O resultado da função da Corte, nesse caso, não constitui mera invalidação de lei incompatível com o texto constitucional, representando, isso sim, ampliação da Constituição, cuja feição se torna distinta em virtude da decisão judicial. Em poucas palavras, a decisão da Corte, nessas situações, além de atribuir novo significado à Constituição, resolve algo que não lhe diz exclusivo respeito, mas, ao contrário, pertence claramente ao povo e, por conta disso, aos seus representantes eleitos” (MARINONI, Luiz Guilherme. Processo Constitucional e Democracia, 2022, p. 142).

¹⁷ Op. Cit., p. 2527.

É fundamental ressaltar que as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54, abordam especificamente as situações em que a prisão é ordenada exclusivamente com base em uma condenação decidida em segunda instância. Isso significa que as ADCs visam garantir a constitucionalidade dessas prisões, questionando se elas estão de acordo com os princípios e normas da Constituição Federal¹⁸.

Mas a decisão do STF, de acordo com MacCormick (2008), precisa ter sentido com relação não apenas ao sistema, como também para o Mundo, é uma interação entre argumentos a partir de princípios e argumentos consequencialistas, dentro dos limites marcados pelos princípios de universalidade, consistência e coerência.

O estabelecimento de quais sejam as consequências de uma decisão, costuma ter um papel importante na justificação das decisões, o que interessa responder à pergunta de que tipo de conduta futura autorizaria ou proibiria a norma estabelecida na decisão (MACCORMICK, 2008).

Portanto, as consequências judiciais são avaliadas com relação a uma série de valores como a justiça, o senso comum, a conveniência pública, em que pese tais valores sejam diferentes em cada ramo do direito, é no direito penal que o valor básico das consequências jurídicas tem como valor básico a vida, a paz social e a ordem pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho ressalta que o magistrado em casos difíceis não encontrará no silogismo jurídico a solução ideal, obviamente, vai socorrer de outras ciências econômicas e sociais, principalmente no tocante as consequências que vira do pronunciamento judicial, os princípios que norteia todo o sistema, alguns autores chamam de postulado, como os princípios universais que serviram como norte ético do nosso operador do direito.

A sociedade vem, lentamente, optando por abandonar seus pares à própria sorte, ou a sentenças cruéis, que deveriam ser cumpridas mesmo que a decisão degradasse o ser humano, às vezes levando ao óbito ou a situações humilhantes, minando o rancor e a aversão entre os indivíduos.

¹⁸ In: <<https://www.cnj.jus.br/nota-sobre-julgamento-das-adcs-43-44-e-54-pelo-stf/>>. Acesso em 20/04/2024.



O princípio da dignidade da pessoa humana abraçado ao princípio da não-culpabilidade exsurge-se contra os sentimentos negativos que um pré-julgamento produz e coloca os atores do conflito em sentido horizontal, como seres falíveis por natureza, porém não presumidamente culpados.

A aplicação deste enlace vem a permitir a busca pelo equilíbrio na relação fragilizada e, conseqüentemente, a pacificação social.

A busca da pacificação deve ser o objetivo maior de uma comunidade, de uma sociedade. É da pacificação que deriva o estado de felicidade que vai proporcionar aos seres humanos um sorriso de tranquilidade ao retornar aos seus lares, não mais a euforia da vitória sobre o outro ou o desespero da derrota, ou o sentimento de vingança a qualquer preço, mas o equilíbrio de sentimento e o reconhecimento no outro de um ser semelhante a si.

A dignidade humana é para todos e deve ser distribuída harmoniosamente entre todos os seres humanos. O Direito existe para regular as relações sociais.

Assim, não há Direito sem seres humanos. E, como tal, não deve haver relações sociais sem que a dignidade da pessoa seja preservada e exaltada.

Ante o exposto, segundo MacCormick, os argumentos consequencialistas são decisivos para justificar uma decisão diante de um caso difícil, no entanto, não são concludentes, mas o professor alerta que nos casos difíceis pode haver mais de uma resposta correta.

MacCormick está de acordo que, nos casos difíceis, os juízes não gozam de poder discricionário no sentido forte, as suas decisões são limitadas pelos princípios da universalidade, coerência e aceitabilidade das consequências.

Cabe igualmente ressaltar que MacCormick assinala muito claramente que a ideia que deve reger a conduta dos juízes é a de fazer “justiça de acordo com o direito”, o que se liga também à afirmação de que o raciocínio jurídico é um tipo especial de raciocínio moral e de que os juízes aceitam a regra de reconhecimento por razões morais.

A grande crítica de juristas e da sociedade brasileira quanto a mudança de paradigma do Supremo Tribunal Federal, insere na ideia de fazer justiça com o direito e a aceitabilidade da decisão judicial, o sistema jurídico nacional seja totalmente especial e peculiar em relação aos outros, em razão dos excessivos recursos e quatro instâncias recursais, o que impede uma conclusão da decisão em período razoável causando imensa insegurança jurídica, e dentro deste prazo há sempre uma



possibilidade de mudança de paradigma, em razão da mudança da composição dos juízes do STF, o que torna quase impossível buscar uma solução dentro do direito pátrio.

Outrossim, é a questão da aceitabilidade das consequências pela sociedade brasileira, que se amolda as novas perspectivas de justiça, que aguarda com ansiedade, que o processo penal seja eficiente e ao mesmo tempo respeitoso com o princípio da dignidade da pessoa humana, mas que seja efetivo com a impunidade.



REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. As Razões do Direito, teoria da argumentação jurídica, tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino, Editora LANDY, São Paulo, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BIZZOTTO, Alexandre e outro. Processo Penal Garantista. Goiânia: AB, 1998.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente e outros. Direito Penal na Constituição. 2ª ed. São Paulo: RT, 1991.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/D0678.htm>.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério - tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HART, H. L. A., O Conceito de Direito. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste, 2009.

KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito: Uma teoria da argumentação jurídica. Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Processo Constitucional e Democracia, 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MILL, John Stuart. Utilitarismo, introdução, tradução e notas de Pedro Galvão. Coleção Filosofia. Textos. Portugal: Porto Editora, 2005.



MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. Direito constitucional. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 10. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

PUGLIESE, William Soares, Rosa, Viviane Lemes. PROCESSO CIVIL E TUTELA DE DIREITOS. In: ALVITES, Elena; SARLET, Ingo W.; SCHIER, Paulo; ALCALÁ, Humberto Nogueira. (Org.). Direitos Fundamentais & Democracia: Novas Abordagens na Perspectiva Interamericana. Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TUCCI, Rogerio Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993.

VARGAS, José Cirilo de. Processo penal e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.



A LITERATURA MENOR DE CAROLINA DE JESUS: UMA LEITURA DA OBRA QUARTO DE DESPEJO

LA LITERATURA MENOR DE CAROLINA DE JESÚS: UNA LECTURA DE LA OBRA CUARTO DE DESPEJO

Vanessa Hoffmann Correa¹

Josiany Fiedler Vieira²

Resumo: O presente artigo buscou realizar uma leitura da obra Quarto de Despejo, de Carolina Maria de Jesus sob a noção de Literatura Menor, cuja autoria é dos filósofos Gilles Deleuze e Felix Guattari. Os autores criaram outras noções, tais como linhas molares e moleculares, agenciamento, rizomas. Todas elas podem ser usadas para leitura e compreensão aprofundada de obras literárias, e, mais ainda, em leituras que destacam a menoridade literária. Mesmo com pouco tempo de estudo convencional, Carolina de Jesus se tornou uma grande escritora, um exemplo disso é que a obra a ser trabalhada vendeu dez mil exemplares em sua semana de lançamento, no ano de 1960. Ela fala de seu cotidiano e faz grandes críticas sociais. Trazendo visibilidade à mulher negra e moradora das favelas. Mesmo sendo uma escritora notória, Carolina Maria de Jesus não é parte do cânone, e, portanto, foi deixada de lado na história literária nacional, em que raramente são estudadas mulheres e mais raramente ainda as afrodescendentes. Este artigo também contribui, então, para a preservação do valor de sua obra no cenário literário.

Palavras-Chave: Quarto de Despejo, Literatura Menor, Carolina Maria de Jesus.

Resumen: Este artículo busca conceptualizar el libro Cuarto de Despejo, de Carolina María de Jesús, bajo la noción de Literatura Menor, cuya autoría es de los filósofos Gilles Deleuze y Felix Guattari. Los autores crearon otras nociones, como líneas molares y moleculares, ensamblaje, rizomas. Todas ellas pueden utilizarse para la lectura y comprensión en profundidad de obras literarias, y, todavía más, en las lecturas que subrayan la menoridad literaria. A pesar de su estudio poco convencional, Carolina de Jesús se convirtió en una gran escritora, uno ejemplo es la obra a trabajar que vendió diez mil ejemplares en su semana de lanzamiento, en 1960. Ella habla de su vida cotidiana y genera grandes críticas sociales. Trae visibilidad a las mujeres negras y habitantes de barrios marginales. Mismo siendo una escritora notoria, Carolina de Jesús no hace parte del canon y, por eso, ha sido olvidada de la historia de la literatura nacional, en la cual las mujeres pocas veces son estudiadas y los afrodescendientes mucho menos. Este artículo también contribuye para la immortalización de su nombre y obra en el escenario literario.

Palabras Clave: Quarto de Despejo, Literatura Menor, Carolina de Jesus.

¹ Bacharel em Turismo, pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Licenciada em Letras Português /Espanhol e suas respectivas Literaturas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. E-mail: vanessa.hoffmannnc@gmail.com

² Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Comunicação da Universidade Federal do Paraná (UFPR); Mestre em Comunicação e Linguagens pela Universidade Tuiuti do Paraná (2007); graduada em Comunicação Social Jornalismo pela Universidade Tuiuti do Paraná (2004), em Publicidade Propaganda pela Uninter (2023) e no Curso Superior de Tecnologia em Gestão de Serviços Jurídicos e Notoriais na Uninter em (2020). É pós-graduada em Comunicação Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/5045347402400709>>

INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscou usar os pressupostos de Deleuze e Guattari para uma leitura aprofundada e maior compreensão da obra *Quarto de Despejo*: diário de uma favelada (1960), de Carolina Maria de Jesus. Com isso objetivou-se evidenciar principalmente a “menoridade” da literatura presente na obra.

Este artigo está dividido em quatro partes, na primeira há uma apresentação da biografia de Carolina Maria de Jesus e sua importância enquanto escritora. Na segunda apresentamos algumas tentativas de delimitações de noções deleuze-guattarineanas. Na terceira, buscou-se evidenciar a obra *Quarto de Despejo* enquanto parte da Literatura Menor. E na última parte são apresentadas as considerações finais.

As Leis números 10639/2003 e 9394/1996 introduziram no currículo escolar a obrigatoriedade de algumas matérias trabalharem a história e cultura africana, afro-brasileira e indígena. Conhecer a fundo a obra de uma escritora afro-brasileira trará, ainda, maiores perspectivas para se trabalhar esse tema em sala de aula, além de contribuir para a preservação de seu nome e obra na história literária.

Considerando que este trabalho se baseia em revisões bibliográficas, não se tem a intenção de esgotar a discussão sobre as Literaturas Menores nem explorar de forma abrangente todas as abordagens possíveis dentro dessa concepção. Busca-se apenas aprofundar o estudo acerca da obra *Quarto de Despejo* bem como usar as noções aqui apresentados para melhor entender a obra. Ao se fazer citações da referida obra foi mantida a grafia da autora, por se entender que essa é uma característica necessária para entender a obra enquanto componente da Literatura Menor.

CAROLINA MARIA DE JESUS, A POETISA NEGRA

Raffaella Fernandez nos conta que Carolina Maria de Jesus era uma coletora de recicláveis, que morava na cidade de São Paulo, a mesma, nos anos de 1960, conseguiu realizar seu sonho de publicar um livro, o qual se chamava *Quarto de Despejo*. “O sucesso editorial marcou este acontecimento, no entanto após o auge de sua presença na imprensa ocorre o esquecimento dessa “poeta do lixo” (2010, p. 1).

Segundo Catiano Gama e Silvana Pedro Carolina de Jesus era mineira, nascida na cidade de Sacramento, na data de 14 de março de 1914, ela teria tido uma vida árdua desde sua infância até que fosse reconhecida como escritora.

Dilva Frazão acrescenta que ela era neta de escravizados e sua mãe era uma analfabeta que tinha por ofício lavadeira, Carolina que teve seus estudos custeados por uma das freguesas de sua mãe, Maria Leite Monteiro de Barros. A autora chegou a ficar presa junto com sua mãe, acusada de fazer feitiçaria apenas por saber ler. Carolina migrou para São Paulo em 1937, após a morte de sua mãe.

Frazão relata que Carolina era moradora de uma favela, e trabalhava durante a noite como "catadora" de papel, ela lia tudo o que recolhia e sempre escrevia o seu dia a dia. No ano de 1941, buscando realizar seu sonho de ser escritora, ela leva até a redação do jornal Folha da Manhã um poema escrito em louvor a Getúlio Vargas, e no dia 24 de fevereiro seu texto e sua foto são publicados pelo jornal. Ela continuou levando seus textos para o jornal, que lhe rendeu o apelido de "A Poetisa Negra" e a fez ser cada vez mais admirada pelos leitores.

Ainda conforme a biografia da autora, escrita por Frazão (2020), no ano de 1958 Audálio Dantas (que era repórter do jornal Folha da Noite) foi até a favela do Canindé em busca de informações para uma reportagem, uma das pessoas com quem ele teve contato foi Carolina Maria de Jesus. Ela lhe mostrou os cadernos em que escrevia seu diário, e deixou o repórter maravilhado com sua história. No dia 19 de maio de 1958, Audálio publicou parte do texto, que recebeu vários elogios. Em 1959, a revista O Cruzeiro também publica alguns trechos do diário.

Frazão biografa também que no ano de 1960 finalmente é publicada a primeira edição do livro Quarto de Despejo: Diário de uma Favelada, que contou com a edição de Audálio Dantas. Sua tiragem inicial foi de dez mil exemplares, sendo 600 vendidos somente durante a noite de autógrafos. Mesmo tendo escrito esse best seller, não demorou para que a autora fosse esquecida pelo mercado editorial e voltasse à condição de coletora de recicláveis. A autora faleceu em São Paulo, na data de 13 de fevereiro de 1977. Carolina de Jesus deixou três filhos, frutos de relacionamentos diferentes: João José, José Carlos e Vera Eunice, dos quais somente Vera ainda é viva.

Mesmo tendo três filhos, Carolina nunca se casou, o que ela mesma relata na obra Quarto de Despejo: "Não casei e não estou descontente" (JESUS, 2014, p. 17). Luísa Bahia (2019, p. 18) define Carolina de Jesus como "mãe solteira, provedora da família e escritora nas poucas horas vagas".

Janaina da Silva Sá (2017, p. 19) nos informa que

A discussão em torno do nome de Carolina Maria de Jesus alia-se aos diversos desdobramentos que os Estudos Culturais tentam apontar como uma saída, a fim de dinamizar outros estudos referentes aos arranjos e demarcações da organização da sociedade brasileira. Nos últimos anos, presencia-se uma visão de heterogeneidade da formação cultural que está sendo discutida e vem avançando ao longo dos tempos, condicionada por movimentos e fluxos que envolvem grupos, etnias e movimentos sociais de toda ordem.

A mesma autora ao usar a concepção de Eduardo Assis Duarte classifica Carolina como “autora afro-brasileira, já que sua narrativa apresenta a constituição de uma autoria negra que se utiliza de uma linguagem própria do lugar de onde fala” (SILVA SÁ, 2017, p. 16). Janaina ainda afirma crer

que a obra de Carolina Maria de Jesus se assente no limiar de uma revisão tanto da crítica literária, como da sociologia, quanto da historiografia nacional, pois o seu negligenciamento compromete as demarcações de um delineamento da própria cultura nacional. Aqui, a discussão recai nos entraves acerca da invisibilidade da autoria negra no Brasil, que vem sendo resgatada e assumida por diversas entidades, tanto acadêmicas como as de alguns movimentos sociais. (op ci, p. 20)

Conforme Fernandez (2010, p. 132) afirma, “difícilmente em nosso país, (...), os pobres têm a chance de manifestar-se por meio de suas próprias palavras, o que explicita o doloroso processo de destituição social com que se tece a nossa história”.

Gilles Deleuze e Félix Guattari (1977) nos apresentam a noção Literatura Menor, a qual resumidamente seria aquela que é feita por uma minoria usando uma língua maior. Alexandra Cunha (p. 41 e 42) afirma que nesses filósofos “a literatura [é] como uma forma de pensar” e “enquanto a filosofia pensa por conceitos, a literatura (...) o faria através da criação de afetos, de sensações”, e é sob a perspectiva dessa noção que a obra Quarto de Despejo foi analisada nesse trabalho.

Estudar as obras que se encaixam na noção de Literatura Menor é importante para conhecermos a história literária de um país, essas obras costumam relatar de maneira mais real o cotidiano da sociedade a qual pertencem. O que muitas vezes se busca esconder nos textos literários, aquelas situações que, digamos, “envergonham” a história de um país. Na obra de Carolina de Jesus a realidade da favela é narrada conforme sua realidade, por alguém que sente na pele todos os revezes de ter que morar em um local sem ter acesso ao básico: água encanada, luz, moradia digna.

Mesmo com pouco estudo, Carolina frequentou a escola por apenas dois anos, Carolina de Jesus sabia o valor de sua escrita, traço que é possível observar quando ela é questionada acerca de fazer alguma caridade, cuja resposta foi:

Escrevendo, já estou cumprindo uma missão social, destacando um sério problema social. O meu ideal é escrever. (...) E mesmo que eu fizesse uma obra de caridade e conseguisse um milhão, por exemplo. Que é que adiantaria? O milhão ia acabar um dia e os pobres ficariam na minha porta e ainda pensariam que eu tinha ficado com o dinheiro deles. (JESUS apud ÁLVARO apud SILVA, 2019 p. 11)

A maior parte do conhecimento de Carolina vinha dos recicláveis que ela recolhia para sobreviver e sustentar os filhos, o que torna essa escritora ainda mais admirável. Era também no que encontrava no lixo que a autora escrevia seus diários, que vieram a se tornar o livro Quarto de Despejo: Diário de uma favelada: “Quarto de Despejo foi traduzido para dezesseis línguas 14 e em quarenta países, incluindo a antiga União Soviética, tornando-se um dos livros brasileiros mais conhecidos no exterior” (BAHIA, p. 27).

Para finalizar o relato sobre essa importante autora não é possível utilizar palavras melhores que as de Gama e Pedro (2019, p. 9) que definem a escritora como

mulher que viveu à frente do seu tempo e dona de hábitos pouco comuns para o seu ambiente social, Carolina Maria de Jesus é vista como uma das muitas heroínas brasileiras, *um verdadeiro símbolo de resistência que desafiou as lógicas sociais preestabelecidas* (grifos da autora).

NOÇÕES DE DELEUZE E GUATTARI COMO FERRAMENTA DE LEITURA DA OBRA DE CAROLINA

Para a elaboração do presente trabalho buscou-se fazer uma leitura rizomática da obra Quarto de Despejo. Esse termo é originário da biologia, onde é sinônimo de

um caule subterrâneo, semelhante a uma raiz, que cresce horizontalmente sobre ou logo abaixo da superfície do solo. É capaz de produzir brotos e raízes a partir de seus nós. (...) são capazes de armazenar energia, geralmente como amido, que é usado para alimentar a regeneração de novos rebentos (...) crescem perpendicularmente, permitindo que novos brotos cresçam do solo. Quando separados, cada pedaço de um rizoma é capaz de produzir uma nova planta. (ALVES, 2020)

Acerca dessa noção Deleuze e Guattari explicam que

qualquer ponto de um rizoma pode ser conectado a qualquer outro e deve sê-lo. É muito diferente da árvore ou da raiz que fixam um ponto, uma ordem.

(...) Num rizoma, ao contrário, cada traço não remete necessariamente a um traço linguístico (...), colocando em jogo não somente regimes de signos diferentes, mas também estatutos de estados de coisas. (...) Na linguística, mesmo quando se pretende ater-se ao explícito e nada supor da língua, acaba-se permanecendo no interior das esferas de um discurso que implica ainda modos de agenciamento e tipos de poder sociais particulares. (...) Um rizoma não cessaria de conectar cadeias semióticas, organizações de poder, ocorrências que remetem às artes, às ciências, às lutas sociais. Uma cadeia semiótica é como um tubérculo que aglomera atos muito diversos, linguísticos, mas também perceptivos, mímicos, gestuais, cogitativos. (...) Não existe uma língua-mãe, mas tomada de poder por uma língua dominante dentro de uma multiplicidade política. A língua se estabiliza em torno de uma paróquia, de um bispado, de uma capital. Ela faz bulbo. Ela evolui por hastes e fluxos subterrâneos, ao longo de vales fluviais ou de linhas de estradas de ferro. E somente quando o múltiplo é efetivamente tratado como substantivo, multiplicidade, que ele não tem mais nenhuma relação com o uno como sujeito ou como objeto, como realidade natural ou espiritual, como imagem e mundo. As multiplicidades são rizomáticas e denunciam as pseudomultiplicidades arborescentes. Inexistência, pois, de unidade que sirva de pivô no objeto ou que se divida no sujeito. Inexistência de unidade ainda que fosse para abortar no objeto e para "voltar" no sujeito. Uma multiplicidade não tem nem sujeito nem objeto, mas somente determinações, grandezas, dimensões que não podem crescer sem que mude de natureza (1995, p. 14-15)

Caio Felipe Martins (2020, p. 68) conceitua rizoma como “um sistema de pensamento em que um ponto se liga a qualquer outro; não havendo necessidade de busca por princípio, pois não tem origem nem fim, sempre é meio, entre, não é uma “criação a partir de”, mas uma “criação com”. Uma leitura rizomática é aquela na qual o leitor é instigado a interagir com a obra, uma leitura sensorial, uma vivência singular.

Outra noção usada para melhor compreender a obra foi o de agenciamento, que segundo Gilles Deleuze e Claire Parnet (1998, p. 56-57)

é uma multiplicidade que comporta muitos termos heterogêneos e que estabelece ligações, relações entre eles, através das idades, sexos, reinos de naturezas diferentes. Por isso a única unidade do agenciamento é de co-funcionamento: é a simbiose, uma simpatia.

Simpatia, nesse caso, conforme esclarece Daniel Lopes (2015, p. 70), não se trata de

um sentimento vago de (...) piedade, aquele que escreve não escreve por pena dos menos afortunados, mas porque o frio alheio também o atravessa, a injustiça provocada a terceiros é uma injustiça contra sua própria carne, nesse caso se estabelece um agenciamento entre o escritor e a miséria ou a injustiça.

Fernandez (2010b, p 198) elucida que, para os filósofos Gilles Deleuze e Felix Guattari, o eu narrador faz parte do contexto narrado porque ele faz parte da engrenagem social “que produz e engessa discursos”. Em seguida a autora ainda afirma que

Carolina cria o pequeno agenciamento “tornar-se-escritora-da-favela”, na desmontagem das peças de um agenciamento maior, real e concreto, que sofre a imposição da língua culta portuguesa, inclusive como padrão de invenção da arte literária brasileira

Em sua obra *Kafka: Por uma Literatura Menor* (1977), Deleuze e Guattari apresentam a noção do que entendem ser a Literatura Menor, a qual seria aquela que é feita por uma minoria usando uma língua maior, com o dito anteriormente.

Os filósofos ainda explicam que a primeira característica desse tipo de literatura é a desterritorialização, a segunda é que nesse tipo de literatura “tudo é político” (DELEUZE; GUATTARI, 1977, p. 26) e a terceira é que nela tudo possui um valor coletivo.

Os autores afirmam que Literatura Menor

é a literatura que produz uma solidariedade ativa (...); e se o escritor está à margem ou afastado de sua frágil comunidade, essa situação o coloca ainda mais em condição de exprimir uma outra comunidade potencial, de forjar os meios de uma outra consciência e de uma outra sensibilidade. (DELEUZE; GUATTARI, 1977, p. 27).

Maria Cristina Batalha (2013, p. 116) afirma que esse tipo de literatura

Implica marginalização, desvalorização, ausência, e, conseqüentemente, valorização de determinadas estéticas, correntes ou autores como seu contraponto. (...) não há espaço para o individual, o particular; estes adquirem necessariamente o estatuto do coletivo e do público

Auterives Maciel Jr e Jadir Lessa (2017, p. 156) nos contam que na literatura menor a língua “não mais se encontra a serviço das opiniões dominantes”, com isso contestando o uso da mesma pelos dispositivos de poder.

Quanto a característica de desterritorialização a qual Deleuze e Guattari associam a literatura menor, Batalha (2013, p. 115) explica que

a ação de desterritorializar associa-se à problemática da literatura “menor”, pois implica um deslocamento provocado por uma descaracterização cultural, em função do espaço e da língua, operada por grupos ou subgrupos étnicos, raciais ou culturais que, em dado momento histórico, acham-se submetidos a um processo de marginalização. Construir a consciência de minoria é desviar do padrão, extrapolar o critério de medida já conhecido.

Maria Cristina ainda afirma que o termo desterritorializar teria ligação com “a marginalização social e política que irrompe no campo literário, (...) trazendo consequências profundas para o entendimento e para a interpretação da obra, assim como da linguagem.” (2013, 117).

Na obra estudada, essa desterritorialização se dá através da linguagem usada por Carolina de Jesus, que não o faz intencionalmente, mas sim devido a sua pouca frequência no ensino regular. A autora não foge das imposições culturais da língua, “entretanto, na impossibilidade de resisti-las, revela um impasse e reinventa a literatura a partir das linhas de fuga (criação), que ela ativa ao tentar escapar de seu lugar de privações” (FERNANDEZ, 2008, p. 127). Quarto de Despejo apresenta versões coloquiais e formais da língua, quando a autora fala da favela o faz de maneira informal e narrativa

Eu ia escrevendo quando ouvi meu vizinho Antonio Nascimento repreendendo o meu filho José Carlos. Ele anda dizendo que vai bater no menino. Se fosse uma repreensão justa, mas a dele é impricância. Onde é que já se viu um homem de 48 anos desafiar uma criança de 9 anos para brigar? Mas o Antonio Nascimento nasceu com as idéias ao avesso. (JESUS, 2014, p. 79).

Já ao falar da cidade ela é formal e poética: “Fui na delegacia e falei com o tenente. Que homem amavel! Se eu soubesse que ele era tão amavel, eu teria ido na delegacia na primeira intimação. (...) O tenente interessou-se pela educação dos meus filhos.” (2014, p. 29)

Além disso temos também sua desterritorialização física, ao circular entre a favela e os demais espaços de São Paulo (principalmente em busca de alimentos e algo que possa vender). Silva Sá (2017, p 136) afirma que a narrativa de Carolina de Jesus usa a “linguagem de uma minoria que se constrói dentro de uma linguagem maior”. A autora ainda afirma que “o desejo que move a autora a escrever fortalece a premissa de que se encontra desterritorializada, descentrada do papel de escritora.”(2017, p 136).

Com isso chegamos em outra característica das literaturas menores, seu caráter político. Ao exemplificar essa característica Deleuze e Guattari (1977, p. 26) afirmam que numa literatura menor

seu espaço, exíguo, faz com que todas as questões individuais estejam imediatamente ligadas à política. A questão individual, ampliada ao microscópio, torna-se muito mais necessária, indispensável, porque uma outra história se agita no seu interior. É neste sentido que o triângulo familiar se conecta com outros triângulos, comerciais, econômicos, burocráticos, jurídicos, que lhes determinam os valores

O que nos elucida Santos “na literatura menor o estilo é sempre político, como que comandado por um desejo revolucionário que parte de todas as máquinas que fazem parte do agenciamento enunciativo” (SANTOS, 2021, p. 6). Ao buscar essa característica na obra estudada nota-se que “a representação do espaço da favela alcançada por Carolina é da ordem daquilo que deve ser expurgado, rechaçado, portanto, há um valor político fortemente agregado em sua narrativa” (SILVA SÁ, 2017, p. 137).

Há também a questão de justiça social que está presente em toda a narrativa, sua crítica à postura de diversos políticos da época: “O que eu aviso aos pretendentes a política, é que o povo não tolera a fome. (...) O Brasil precisa ser dirigido por uma pessoa que já passou fome. A fome também é professora” (JESUS, 2014, p. 29).

Acerca da terceira característica das Literaturas Menores, Maria Cristina Batalha explica que nesse tipo de literatura não existe espaço para o individual ou particular, pois eles “adquirem necessariamente o estatuto do coletivo e do público” (2013, p. 117).

Nesse sentido

em Quarto de Despejo (1960), há um motor pulsante, em que as questões individuais não são meros relatos de ambiente ou de fundo pois as más condições em que vivem os habitantes da favela representam um obstáculo moral e social vivenciado por essas — minorias. (SILVA SÁ, 2017, p. 137)

Fernandez nos conta que

Quarto de despejo vai além de sua aparência de diário (...) sua enunciação não se refere unicamente a quem a preparou ou a uma história privada, pois a coletividade contamina todo enunciado e torna o livro maior que seu autor. (2006, p. 208)

Ela ainda afirma: “a existência de uma única favelada produzindo um livro, somada aos desvios que o linguajar do favelado carrega, coloca em cena um sujeito social esquecido e até desconhecido na história da cultura brasileira.” (2006, p. 208).

Batalha também nos informa que a “infração de normas ortográficas, aporte da oralidade, adaptações sintáticas são algumas das “heresias” provenientes de sua própria cultura, praticadas do ponto de vista do “menor”, na língua do dominador”. (2013, p. 118)

Outra noção dos filósofos Gilles Deleuze e Felix Guattari que pode ser usado em análises de obras literárias é o que trata de linhas molares e moleculares. Martins (2020, p. 66) explica que ideia que Deleuze e Guattari apresentam para molar e molecular seriam: “o molar como enquadrador, duro e que busca a unidade, e o molecular como o fugidio, liso, que afirma a multiplicidade e a diferença”. Em seguida o mesmo autor ainda afirma

o molar nos aparece como algo enformado, engessado, construído retilineamente e apresenta uma arquitetura parecida com nossos prédios modernos, com seus limites e bordas bem colocados. O molecular, por sua vez, é uma afecção territorial despedaçada, cheia de linhas e pontos concêntricos sem muita ordem, caótico em sua maneira de ser, fugindo do molar sem o conseguir. O molar é enquadrante, estriado, enquanto o molecular é fluido, fugidio, liso. Contudo, não chegamos ainda às bordas das afecções territoriais; estamos vendo a uma grande distância apenas o que nos aparece em primeira vista. (op cit, p. 69)

Em linhas gerais, uma vez que esse não é o objetivo principal dessa leitura, essa noção nos ajudará a entender as partes da obra que retratam a realidade (molar) ou são algo mais flexível (molecular). O que no caso de Quarto de Despejo nos leva ao retrato da favela (molar, descrita como é) - “Hoje eu não fui trabalhar, porque a Vera e o José Carlos estão doentes” (JESUS, 2014, p. 168) - ou a quando Carolina de Jesus se permite escrever de forma lírica (molecular):

Vai, vai mesmo!
Eu não quero você mais.
Nunca mais. (2014, p. 191)

Os filósofos aqui estudados também usam a noção de linhas de fuga, a qual Deleuze e Parnet (1998) descrevem como sendo uma forma de desterritorialização. Os autores também afirmam que:

Fugir, porém, ao contrário, é produzir algo real, criar vida, encontrar uma arma. Em geral, é em um mesmo falso movimento que a vida é reduzida a alguma coisa de pessoal e que a obra deve encontrar seu fim em si mesma, seja como obra total, seja como obra em andamento, e que remete sempre a uma escritura da escritura (...) Fugir é traçar uma linha, linhas, toda uma cartografia. Só se descobre mundos através de uma longa fuga quebrada. A literatura angloamericana apresenta continuamente rupturas, personagens que criam sua linha de fuga, que criam por linha de fuga. (op cit, p. 30)

Fernandez (2006, p. 2013) afirma que em Quarto de Despejo,

A autora está entre dois valores, duas formas de existência, duas economias simbólicas, dois padrões de vida, no espaço intersticial (porque foi rejeitada tanto pela elite paulistana quanto pelos favelados) de duas formações culturais, como atesta sua literatura híbrida. Por exemplo, o fato de não assumir uma única postura em relação ao que significa ser negro, pendendo ora para a negação do ser negro, ora para a afirmação, vivenciando na mentalidade este conflito inter-racial, essa narrativa parece afirmar nossa hipótese de que manuseia linhas de fuga de acordo com as circunstâncias que enfrentava no dia a dia: exaltou a beleza negra quando foi depreciada pelos diretores de circo e negou a cor negra numa situação de profunda tristeza e desesperança.

Fernandez (2010, p. 135) ainda alega que através da escrita a “catadora” sai do espaço que era a ela destinado, que faz com que a escrita seja “uma válvula de escape dos fluxos subjetivos que produz a partir de seu contato com o mundo”, portanto uma linha de fuga.

Santos (2021, p. 98) informa que, segundo Deleuze e Guattari, “a linha de fuga pode ser compreendida como uma maneira que os agentes têm de dissociar-se do que são, e encaminharem-se para uma nova criação, mas que não é conclusiva já que devir é movimento, nada é definitivo.”

Com isso entramos em outra noção dos filósofos, o devir. Santos (2021, p 106) o relaciona como sendo a literatura, “porque se constitui numa linha de fuga para a qual vida e escrita se confundem, guiados por um impessoal.”. A escritora justifica sua afirmativa explicando “que o devir procura explicar as relações humanas. O elemento que mais parece se aproximar da compreensão do homem e do mundo é a linguagem” (2021, p.97).

A MENORIDADE DE QUARTO DE DESPEJO

Como já visto anteriormente uma obra da Literatura Menor não é uma obra menor no sentido de valor literário. Mas sim uma obra que de certa forma denuncia o

que acontece às margens da sociedade, espaço que Carolina de Jesus chama de Quarto de Despejo.

A denúncia mais presente na obra trabalhada é a fome: “como é horrível levantar de manhã e não ter nada para comer. Pensei até em suicidar” (JESUS, p. 99). No trecho citado além da fome pode-se notar na autora um desgosto pela vida, e isso vem de sua situação social, das tantas críticas que recebe, dos dedos que lhe são apontados sem saber o que a levou a tal situação. Como por exemplo nas situações em que criticam sua sujeira, mas isso não acontece por desleixo, e sim por sua situação de vulnerabilidade: “se estou suja é porque não tenho sabão” (2014, p. 98).

Gama e Pedro (2019, p. 5) afirmam que “Carolina imortalizou o seu dia a dia, registrando detalhadamente suas mazelas, suas angústias e necessidades, as atitudes de outras pessoas à sua volta”. É nessa denuncia/ testemunho que se encontra a importância dessa obra enquanto prática social, Carolina descreve a fome, a miséria, sendo alguém que conhece essas intempéries e suas consequências. Ao relatar sobre a morte de uma criança de apenas dois meses filha de uma moradora da favela ela afirma “se vivesse ia passar fome” (JESUS, 2014, p. 124). Viver no Canindé e sentir fome, não só de alimento, mas de moradia, de acesso a água, de privacidade, e para as crianças fome de infância.

Acerca do gênero testemunho, e sua relação com Literaturas Menores, Gama e Pedro (2019, p. 17) nos contam que

O testemunho surge como um gênero que tenta dar conta da exploração sofrida pelas minorias, é uma maneira de se apresentar relatos que tratam de eventos traumáticos na história da humanidade, e se configura como Literatura Menor porque traz a voz dos excluídos, dos marginalizados.

Esse tipo de gênero textual faz transparecer os agenciamentos coletivos da enunciação através dos relatos da vida desses autores, que demonstram de forma real a sociedade em que convivem, sem tentar muda-la para parecer mais agradável.

Ao escrever seus diários, Carolina se importa em relatar a realidade que vive e não com a forma como realiza esses registros. Por relatar a vida da comunidade a autora cria um certo desconforto com seus vizinhos, vide o que ela relata:

- Dona Carolina, eu estou neste livro?
- (...)
- É porque é que eu estou nisto?
- Você está aqui porque naquele dia que o Armin brigou com você e começou a bater-te, você saiu nua para a rua.
- Ela não gostou e disse-me:
- O que é que a senhora ganha com isto? (2014, p. 143)

A autora também denuncia a miséria moral com a qual são obrigados a conviver, por exemplo no trecho a seguir onde relata o adultério de uma moradora do Canindé:

Fiquei horrorizada porque a mulher que estava com o Lalau é casada.
(...)
Uma mulher que casou-se precisa ser normal.
Esta historia das mulheres trocar-se de homens como se estivesse trocando de roupa, é muito feio. Agora uma mulher livre que não tem compromissos pode imitar o baralho, passar de mão em mão. (2014, p. 126)

As denúncias de Carolina não são apenas em relação à moral, mas em relação a tudo a que os moradores da favela são privados. No excerto a seguir é possível notar sua denúncia quanto ao abandono do poder público:

Os políticos só aparecem aqui nas épocas eleitoraes. O senhor Cantidio Sampaio quando era vereador em 1953 passava os domingos aqui na favela. Ele era tão agradável. Tomava nosso café, bebia nas nossas xícaras. Ele nos dirigia as suas frases de viludo. Brincava com nossas crianças. Deixou boas impressões por aqui e quando candidatou-se a deputado venceu. Mas na Camara dos Deputados não criou um projeto para beneficiar o favelado. Não nos visitou mais. (2014, p. 32).

Ela se descreve como alguém à margem da sociedade: “Já ando mesmo trapuda e suja. Já uso o uniforme dos indigentes” (2014, p. 61), “e eu suja parecendo um marginal de rua” (2014, p. 169). Com base nas citações acima também é possível afirmar que temos um narrador-personagem na obra.

Os trechos citados acima evidenciam a questão política presente na obra, e essa é uma das propriedades que Deleuze e Guattari definem como sendo das Literaturas Menores. Para os filósofos, nesse tipo de literatura “tudo é político” (DELEUZE; GUATTARI, 1977, p. 26), como afirmado antes.

Carolina de Jesus escreve, muitas vezes, de uma forma gramaticalmente incorreta, e isso é uma de suas grandes características, sua escrita é feita baseada na oralidade. Nem mesmo Audálio Dantas ousou realizar correções em sua forma de

escrever, conforme pode-se ler no que ele mesmo relata no Prefácio do livro “mexi (...) algumas palavras cuja grafia poderia levar à incompreensão da leitura. E foi só, até a última linha” (DANTAS apud JESUS, 2014, p. 7). Como relatado no tópico anterior essa característica, chamada desterritorialização, é uma das encontradas nas Literaturas Menores.

Outro atributo que esse tipo de obra possui é que nela tudo possui um valor coletivo, os embates diários que Carolina relata não são só seus, são de todos os moradores da favela. Isso pode ser constatado nos trechos: “não sei como havemos de fazer. Se a gente trabalha passa fome, se não trabalha passa fome (2014, p. 129) e “Eu quando estou com fome quero matar o Janio, quero enforcar o Adhemar e queimar o Juscelino. As dificuldades corta o afeto do povo pelos políticos” (2014, p. 33).

Com base no explanado nesse tópico, e nas conceituações constantes no anterior é possível afirmar que Quarto de Despejo: o diário de uma favelada, pode ser classificado como uma Literatura Menor. Como afirmam também Gama e Pedro (2019) “tanto o seu conteúdo como a sua forma de expressão contemplam as características necessárias para a sua categorização.”

Além de Quarto de Despejo: o diário de uma favelada a autora teve mais três livros publicados, Casa de Alvenaria (1960), Diário de Bitita (1986) e Meu estranho Diário (1996), os dois últimos de forma póstuma, entretanto nenhum deles teve tanto sucesso quanto o primeiro. A justificativa para isso pode ser encontrada na própria Literatura Menor, uma vez que nela não há espaço para o individual ou particular.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de seu parco tempo na escola, Carolina de Jesus nos presenteou com uma obra politizada e carregada de significados. Seu testemunho fala de uma realidade que muitos apenas ouvem falar, mas que para ela, e demais pessoas que estão no que ela chama de “quarto de despejo” são uma realidade. São relatos fortes, principalmente ao se falar da “amarela”, cor que ela dá a fome. Mesmo com todas as agruras da vida, Carolina é alguém que espera (de eperançar) mudanças. O que é possível notar quando ela fala de política.

A miséria relatada por Carolina não se trata apenas da privação de comida e recursos, mas também da moral e do social, onde crianças e mulheres são expostas

a diversos tipos de violência. O adultério, por exemplo, é algo muito presente, assim como relatos de prostituição das adolescentes e adultas que residem no Canindé.

Podemos afirmar que *Quarto de Despejo: Diário de uma favelada* assume o que Deleuze e Guattari denominaram Literatura Menor. O que, para eles, é uma visão de politização da literatura, que apresentam como constituída de linhas de fuga, como algo que vai além do sujeito, do escritor, que compõe uma coletividade composta por agenciamentos. A literatura como produção de sentido.

A relevância da obra de Carolina vai “além de contribuir para uma maior valorização e desvendamento de nossa história cultural, ainda irá saciar a gama de leitores que cresce juntamente com o grande número de escritores que estão se revelando atualmente nas periferias do Brasil”. (FERNANDEZ, 2010b, p. 205).

Existem relatos de que a escritora antes de morrer deixou uma carta com pedidos a sua filha, Vera Eunice, dentre eles o de que sua obra fosse propagada e que não caísse no esquecimento. Estudar essa obra é conhecer a formação das favelas de nosso país, é constatar que de 1960 até a atualidade pouco mudou em relação aos menos favorecidos.

Vera Eunice, sua filha, cuja profissão é professora, relatou em entrevista para a Jornalista Camila Brandalise: “Meus alunos chegam com fome. Exatamente como eu chegava na escola quando era criança. São minha cópia”. Nessa mesma entrevista ela diz que

levar Carolina consigo (...) é ajudar outras pessoas a reconhecerem sua própria força (...) O que ela era lá atrás, vejo muitas meninas hoje, nas palestras que dou em escolas, querendo ser também (BRANDALISE, 2020, s/p).

O livro *Quarto de Despejo* já foi referenciado nos mais diferentes estudos, sendo para abordar a escrita feminina, a afro-brasileira, as literaturas menores. Em muitos dos que foram lidos para compor esse artigo o tom de denúncia que a escritora faz uso é evidenciado, ela é alguém que está à margem da margem, negra, pobre, desempregada e mãe solo. Essa denúncia, como já abordado, é algo presente nas literaturas menores. Carolina, com seu costume de ler, e o sonho de escrever, consegue transformar sua realidade, pois com a renda que obteve por meio da obra aqui trabalhada ela conseguiu mudar-se da favela para uma casa de alvenaria e deixar



de trabalhar com a coleta de recicláveis (após um tempo ela acabou retornando para essa atividade).

Carolina evidencia a potência da minoridade tanto para a construção de sentidos, quanto para o enfrentamento da história literária hegemônica, abrindo, assim, espaço para que novas revoluções “menores” ocorram.



REFERÊNCIAS

ALVES, M. **Rizoma é uma espécie de caule que cresce de modo horizontal**. 2020. Disponível em: <<https://agro20.com.br/rizoma/>>. Acesso em 18 nov.2021.

ARAUJO, A. V. N. **A arte, suas linhas de fuga e perspectivas**. 2019. Disponível em: <https://www.academia.edu/39085568/A_arte_suas_linhas_de_fuga_e_perspectivas_Andre_Vinicius20190510_63855_39rr8u>. Acesso em 18 nov.2021.

BAHIA, L. A. **Traduzindo Culturas? O olhar estrangeiro sobre o Quarto de Despejo**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Letras – Tradução Inglês-Português) Faculdade de Letras, Universidade Federal de Juiz de Fora, 2019. Disponível em: <<https://www2.ufjf.br/bachareladotraducao/wp-content/uploads/sites/166/2021/05/Luisa-Arantes-Bahia.pdf>>. Acesso em 18 nov.2021.

BATALHA, M.C. **O que é Literatura Menor?** In: Cerrados, nº 35, 2013. Disponível em:<<https://periodicos.unb.br/index.php/cerrados/article/download/14137/12459/31429>>. Acesso em 18 nov.2021.

BRANDALISE, C. **Filha de Carolina de Jesus sobre a mãe: "Ela era culta até para dar bronca"**. 2020. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/universa/-noticias/redacao/2020/08/05/filha-de-carolina-de-jesus-60-anos-apos-quarto-de-despejo-pouco-mudou.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em 18 nov.2021.

CUNHA, A. A. da. **A figura de Mefistófeles nas obras de Goethe e Thomas Mann: um personagem conceitual na literatura ocidental?** In: MADARASZ, N. S e COSTA, A. L. (orgs). Deleuze-Guattari: A escrita e a literatura na imanência da velocidade. Porto Alegre: Fi. 2017.

DELEUZE, G; GUATTARI, F. **Kafka: por uma literatura menor**. Tradução, Julio Castañon Guimaraes. Rio de Janeiro: Imago. 1977.

_____. **Mil platôs - capitalismo e esquizofrenia, vol. 1**. Tradução de Aurélio Guerra Neto e Célia Pinto Costa. Rio de Janeiro: Ed 34. 1995

DELEUZE, G; PARNET, C. **Diálogos**. Tradução, Eloisa Araújo Ribeiro. São Paulo: Escuta. 1998.

FERNANDEZ, R. A. **Cartografando uma literatura menor: a poética dos resíduos de Carolina Maria de Jesus**. In: Baleia na Rede (UNESP. Marília), v. 2, p. 1, 2006. Disponível em: <<http://pem.assis.unesp.br/index.php/pem/article/view/153>>. Acesso em 18 nov.2021.

_____. **Entre-Lugares na poética de Carolina Maria de Jesus**. In: Olho d'Água, v. 2, n. 2, 2010a. Disponível em: <<http://www.olhodagua.ibilce.unesp.br/index.php/Olhodagua/article/viewFile/728>>. Acesso em 18 nov.2021.

_____. **Percursos de uma Poética de Resíduos na obra de Carolina Maria de Jesus**. In: Itinerários, n. 27, 2008. Disponível em: <<https://periodicos.fclar.unesp.br/itinerarios/article/view/1131/919>>. Acesso em 18 nov.2021.

_____. **Vozes Dissonantes na Processualidade da Reinvenção do Eu em Quarto de Despejo**. In: Ratio Juris, vol. 5, núm. 11, 2010b. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/5857/585761342009.pdf>>. Acesso em 18 nov.2021.

FRAZÃO, D. **Carolina Maria de Jesus**. 2020. Disponível em: <https://www.ebiografia.com/carolina_maria_de_jesus/>. Acesso em 18 nov.2021.

GAMA, C. da S; e PEDRO, S da C. **Quarto de Despejo: Diário de uma favelada de Carolina Maria de Jesus. Uma Literatura Menor?** 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Licenciatura Plena em Letras Português/Francês) Universidade Federal do Amapá, 2019. Disponível em: <http://200.139.21.55:8080/bitstream/123456789/386/1/TCC_QuartoDespejoDiario.pdf>. Acesso em 18 nov.2021.

JESUS, M C de. **Quarto de Despejo: Diário de uma favelada**. 10. Ed. São Paulo: Ática. 2014.

LOPES, D. S. **Núpcias na Estrada: um agenciamento entre Gilles Deleuze e Jack Kerouac**. 2015. Dissertação (Mestrado em Filosofia) Escola de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade Federal São Paulo, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.unifesp.br/bitstream/handle/11600/48193/dissertacao-daniel-de-souza-lobes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 18 nov.2021.

MACIEL JR, A.; e LESSSA, J. M. **Literatura menor e filosofia nômade: duas línguas revolucionárias**. In: Ecos, ano 7, vol 2, 2017. Disponível em: <<http://www.periodicoshumanas.uff.br/ecos/article/view/2601/1485>>. Acesso em 18 nov.2021.

MARTINS, C. F. V. **Molar e Molecular: uma cartografia**. In Mosaicum, n 32, 2020. Disponível em: <<https://revistamosaicum.org/index.php/mosaicum/article/download/462/423/880>>. Acesso em 18 nov.2021.

SANTOS, G. B. **Devir e escrita na filosofia de Deleuze e Guattari**. In: Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 06, Ed. 01, V 06. 2021. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/letras/devir-e-escrita>>. Acesso em 18 nov.2021.



SILVA, E. da S. **Carolina Maria de Jesus e a Literatura Marginal: uma questão de gênero.** In: Século XXI, Revista de Ciências Sociais, v.9, n 1. 2019. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/337117935_Carolina_Maria_de_Jesus_e_a_literatura_marginal_uma_questao_de_genero/fulltext/5dc63a86299bf1a47b243a9b/Carolina-Maria-de-Jesus-e-a-literatura-marginal-uma-questao-de-genero.pdf>. Acesso em 18 nov.2021.

ECONOMIA SOLIDÁRIA E NEGÓCIOS DE IMPACTO SOCIAL NO BRASIL

SOLIDARITY ECONOMY AND SOCIAL IMPACT BUSINESSES IN BRAZIL

Caroline Alessandra Taborda dos Santos Dallegrave¹

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar o contexto econômico e social contemporâneo dos limites e possibilidades da prática de economia solidária no Brasil. Para tanto, será analisada a evolução tecnológica e industrial, notadamente a “Indústria 4.0” e as suas consequências sociais, em especial a “Sociedade 5.0”, o conceito e aplicabilidade de Economia solidária no Brasil e dos Negócios de Impacto social. Como parte do efeito social e econômico, será analisada a possibilidade de atuação empresarial no contexto da economia solidária e dos negócios de impacto, seja como desenvolvedoras de atividades, ou fomentadoras junto à sua rede de atuação, bem como a atuação estatal. A pesquisa adota o método de abordagem hipotético-dedutivo e o método de procedimento analítico por meio da revisão bibliográfica, mediante a leitura de livros, artigos científicos, estatutos sociais de associações comerciais e a legislação. Conclui-se da pesquisa que as empresas podem ser desenvolvedoras de negócios voltados para economia solidária, sendo necessário a atuação estatal para que haja difusão da prática de economia solidária.

Palavras-Chave: Economia. Solidariedade. Negócios. Empresas.

Abstract: This article aims to analyze the contemporary economic and social context of the limits and possibilities of the practice of solidarity economy in Brazil. To this end, technological and industrial developments will be analyzed, notably "Industry 4.0" and its social consequences, in particular "Society 5.0", the concept and applicability of Solidarity Economy in Brazil and Social Impact Business. As part of the social and economic effect, the possibility of entrepreneurial action in the context of the solidarity economy and impact businesses will be analyzed, either as activity developers, or promoters within its network, as well as state action. The research adopts the hypothetical-deductive approach method and the analytical procedure method through bibliographic review, through the reading of books, scientific articles, social statutes of commercial associations and the legislation. It is concluded from the research that companies can be business developers focused on solidarity economy, being necessary the state action so that the practice of solidarity economy is disseminated.

Keywords: Economy. Solidarity. Business. Companies.

INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos com foco na melhoria da atuação da indústria, conectando e rastreando ambientes, alteraram a dinâmica e a velocidade em que as transações econômicas acontecem, bem como a velocidade em que as necessidades dos consumidores surgem. Este movimento tecnológico, conhecido como quarta

¹ Mestra em Direito Empresarial e Cidadania – Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Curitiba – PR. Pós-Graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP/PR. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR. E-mail: caroline.taborda@hotmail.com.

revolução industrial, ou Indústria 4.0, evidencia, entretanto, que não só de tecnologia vive a humanidade e a economia. O Direito e o Estado contemporâneos exigem dos empresários uma postura que vá além da busca legítima pelo lucro, ou da geração de empregos.

Eis que surge o conceito de Sociedade 5.0, na qual a humanização é a essência das relações, em que o uso das tecnologias deve ser visto sob a égide das relações sociais. E, neste contexto, também estão os negócios de impacto, que além de trazer ganho econômico para os agentes, visam o ganho social e ambiental. Embora não seja novidade no “mercado”, eis que “surgiram” nos meados dos anos 90 os Investimentos Sociais de Impacto; os Negócios de Impacto têm tomado protagonismo nesta nova era econômica e social.

As razões pelas quais podem promover o fomento e o desenvolvimento de negócios de impacto nas empresas associadas, coadunam com o entendimento de SANTANA:

O conceito de empreendedorismo social faz partes desse gigantesco esforço transformador: 1. O empreendedorismo social reconhece a existência de grande contingente de agentes econômicos moralmente orientados; 2. Diante disso, descreve empiricamente esse importante agente econômico que é o empreendedor social; 3. O empreendedorismo social resignifica o empreendedorismo schumpeteriano, qualificando-o moralmente; 4. O empreendedorismo social enuncia normativamente a função do empreendedor em suas relações com a sociedade, com o objetivo de aprimorar o funcionamento do mercado. Naturalmente, esse esforço faz parte de lento processo cultural, de reconhecimento da necessidade de mudança, da incorporação de novos propósitos para a atividade econômica. (2018, p. 268/269)

No mesmo contexto está a Economia Solidária, modelo que congrega responsabilidade social, busca pelo bem estar coletivo com autogestão, cooperação e distribuição equitativa dos lucros entre os agentes.

Neste ínterim, o presente artigo busca analisar a atuação empreendedora, em especial em negócios de impacto social e a economia solidária no Brasil, questionando se aqueles podem ser considerados parte desta, ou apenas uma forma de atuação que possa induzir a economia solidária. Para tanto, será analisada a indústria 4.0, a Sociedade 5.0, a economia solidária e os negócios de impacto social.

A pesquisa adota o método de abordagem hipotético-dedutivo e o método de procedimento analítico por meio da revisão bibliográfica, mediante a leitura de livros, artigos científicos, estatutos sociais de associações comerciais e a legislação.

2. O AMBIENTE ECONÔMICO CONTEMPORÂNEO

2.1 A indústria 4.0

A constante transformação humana e social tem seu reflexo direto nas relações econômicas; motivo pelo qual a ciência econômica ou economia é definida como a “área do conhecimento que estuda a atividade econômica de uma sociedade por meio da análise da produção, distribuição, acumulação e consumo de bens e serviços.” (CARVALHO, 2019).

Portanto, analisar o ambiente econômico reflete-se na análise do comportamento mercantil da sociedade e a necessidade de, no âmbito do Direito, analisar os reflexos na organização destes comportamentos, para que a vida em sociedade siga as diretrizes, os direitos e os deveres abarcados pelas suas respectivas Constituições.

No âmbito industrial, o ambiente contemporâneo apresenta o movimento denominado “Indústria 4.0”, que trata de nomear o momento da quarta revolução industrial:

O termo Indústria 4.0 foi utilizado pela primeira vez em 2011, durante a Feira de Hanover, como forma de sintetizar as mudanças promovidas nos processos industriais através da informatização. Desde então, a chamada quarta revolução industrial já tomou forma e desenvolveu seus próprios temas consistentes. (ANPEI, 2019).

As 3 primeiras revoluções industriais trouxeram a produção em massa, as linhas de montagem, a eletricidade e a tecnologia da informação, elevando a renda dos trabalhadores e fazendo da competição tecnológica o cerne do desenvolvimento econômico. A quarta revolução industrial, que terá um impacto mais profundo e exponencial, se caracteriza, por um conjunto de tecnologias que permitem a fusão do mundo físico, digital e biológico. (GOVERNO FEDERAL, 2017)

A utilização massificada de tecnologias e de sistemas operacionais automatizados evidencia que as atividades de repetição são facilmente realizadas por máquinas; são atividades que podem ser parametrizadas por pessoas e operadas por máquinas ou robôs. Diversamente, evidencia-se a necessidade do fator humano em diversas outras atividades, que destacam a importância da criação humana em processos produtivos e, principalmente, relacionais.

O conceito de inovação é utilizado cotidianamente na esfera comercial e empresarial. Diversas empresas constituem-se no formato de *startups*² para trazer formas de operar ou novos produtos, que sejam inovadores, reinventando o modo de fazer o que já é feito.

E, como nos outros momentos em que houve revoluções industriais, o movimento não se limita a este ambiente industrial; reflete-se em todo o ambiente econômico, social e, por consequência, no Direito.

Para adequar a este momento, no contexto das novas relações decorrentes da “Indústria 4.0” no sistema legislativo brasileiro, há o incentivo ao desenvolvimento tecnológico representado pela Lei nº. 13.969/2019, que dispõe sobre a política industrial para o setor de tecnologias da informação e comunicação, instituindo um valor de crédito com base no total que a empresa investir em pesquisa, desenvolvimento e inovação a cada trimestre. (BRASIL, 2019) Ainda, no âmbito federal, há a Lei nº. 10.973, de 2 de dezembro de 2004, que dispõe sobre os incentivos à inovação e à pesquisa científica e à tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências; a Lei nº. 11.196/2005, conhecida como a Lei do Bem, que institui a concessão de incentivos fiscais às pessoas jurídicas que realizarem pesquisa e desenvolvimento de inovação tecnológica, entre outros dispositivos legais Federais e Estaduais.

É possível verificar que o ambiente legislativo vem, há algum tempo (mais de 15 anos), promovendo um ambiente legal de incentivo ao desenvolvimento tecnológico das empresas no Brasil. O efeito deste incentivo é percebido com a realização no Brasil da Revolução Tecnológica e da “Indústria 4.0”, sendo percebíveis os efeitos jurídicos, decorrentes da afetação da economia e das relações sociais.

No âmbito Judiciário, é possível verificar a adequação operacional, mediante a utilização de programas de gestão de processos e autos digitais, observando-se, também, que no mérito dos processos judiciais há discussões a respeito de utilização de dados pessoais, divulgação de imagens acessadas por meio de “invasão hacker”, responsabilidade civil e criminal decorrentes da utilização de tecnologias para finalidades diversas das quais foram instituídas.

² *Startup* é uma ideia de empresa ou uma empresa nascente voltada à tecnologia e inovação, que tenha como objetivo desenvolver e aprimorar um modelo de negócio. As startups têm capacidade de desenvolver produto ou serviço inovador. SEBRAE, 2021.

Nesta égide, verifica-se a importância do desenvolvimento e da tecnologia, aliada à valoração do vetor humano em seu processo de criação e de desenvolvimento, como também em sua aplicação, sobressaindo-se o conceito de Sociedade 5.0.

2.2 A sociedade 5.0

O conceito de Sociedade 5.0 pode ser entendido como uma reação à Indústria 4.0, mas também como um desdobramento da quarta revolução industrial, ao tratar do cuidado com o “fator humano” dentro das relações cada vez mais informatizadas:

Na sociedade 5.0, o foco do desenvolvimento de soluções tecnológicas é o bem-estar humano, a qualidade de vida e a resolução de problemas sociais. [...] Sociedade 5.0 é uma proposta de modelo de organização social em que tecnologias como big data, inteligência artificial e internet das coisas (IoT) são usadas para criar soluções com foco nas necessidades humanas. Esse modelo busca prover os serviços necessários para o bem-estar a qualquer hora, em qualquer lugar e para qualquer pessoa. [...] A sociedade 5.0 é possível graças às tecnologias avançadas que já são usadas hoje na indústria 4.0. (FIA, 2019)

O movimento iniciou-se no Japão, já atingindo outros Estados como a Alemanha; reveste-se de revolução, mas aparece de modo silencioso; tem como foco o cuidado com a sociedade, envolvendo as empresas, os indivíduos e a vida comunitária (ACTIVAID, 2019).

O cuidado com o ser humano e com a sociedade é tutelado no ordenamento jurídico brasileiro, esculpido na Constituição da República, como o princípio da dignidade humana. É importante destacar que não basta o positivismo da lei para que os princípios e direitos sejam realmente efetivados. Além da coercividade estatal é imprescindível a conscientização social e humana.

A partir do avanço tecnológico e industrial, por meio da Sociedade 5.0, é possível diagnosticar maior preocupação no ambiente empresarial em produzir e prestar serviços buscando preservar o bem-estar social e, adicionalmente, o reconhecimento da importância desta valoração e de seus reflexos econômicos.

Investir recursos econômicos na busca de soluções que visem o bem-estar social e ter esta finalidade como escopo de atividade econômica é promover a coerência entre os princípios da livre iniciativa e de legitimidade do lucro com a valoração do trabalho e da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988). Embora este movimento tenha iniciado no Japão, é possível verificar os efeitos deste

movimento no Brasil, principalmente com o movimento econômico que se instala em torno dos negócios de impacto social:

O advento da internet e a enxurrada de inovações que impactam nossa sociedade na atualidade promovem inúmeros desdobramentos em todas as áreas de atuação [...].

O advento dos negócios de impacto, do campo de investimento de impacto e das finanças sociais é um fenômeno concreto, real e que já vem gerando inúmeras transformações e desdobramentos, seja na área de negócios, seja na área social. Veio para ficar e vem atraindo novas fontes de recursos e novos atores, até então pouco presentes no contexto de atuação de institutos e fundações. (DEBONI, 2019, p. 42)

O papel do Direito, neste contexto, toma maior forma no seu modo de operação e em sua atuação, observado no contexto da reflexão de Alexy e Bulygin, no qual “o direito é a realidade que tem por sentido servir aos valores e à ideia de direito” (2017); revelando a natureza dual do Direito (real e ideal; ser e dever ser); extraindo da fundamentação do discurso prático geral as preocupações de justificação moral e não meramente os comandos ‘jurídicos’; o protagonismo do Direito neste cenário de Sociedade 5.0 é, possivelmente, uma manifestação da aproximação da moral com o Direito.

3. ECONOMIA SOLIDÁRIA

A análise da Economia Solidária merece ser iniciada pelo conceito de solidariedade que titula este movimento. Derivada de expressão utilizada no direito romano “obligatio in solidum”, significa obrigação comunitária, que traduz a responsabilidade do indivíduo com relação ao coletivo que pertence e o sentimento de interdependência que envolvem os indivíduos de uma mesma comunidade (ARAÚJO, 2017, posição 169).

Este sentimento e pensamento solidário se reflete em ideias socialistas que se manifestam ao longo da história contra o capitalismo, surgindo a construção histórica da Economia de Solidariedade, conforme explica Araújo:

Sendo assim, a partir destes momentos de crises históricas do capitalismo surgiria também a construção histórica do conceito de Economia Solidária a partir de diferentes atores e sob os mais diversos aspectos como: associações, cooperativas, vilas comunitárias, fábricas coletivas e etc. Cada proposta elaborada e defendida por diferentes autores que com suas ideias expandiram também o conceito de Economia Solidária. (2017, posição 169)

As bases da Economia Solidária foram lançadas, entretanto, no início do século XIX com autores que teorizavam e experimentavam diferentes formas de produção. Neste momento histórico que constataram “que a acumulação primitiva do capital que é a separação do trabalhador dos seus meios de produção sendo obrigado para manter a sua vida a venda da sua força de trabalho, nesse momento sujeitando-se à exploração capitalista.” (ARAÚJO, 2017, posição. 206)

A definição conceitual da Economia Solidária foi se amoldando com o passar do tempo e de acordo com os posicionamentos dos seus idealizadores. Na América Latina é entendida como um novo modelo de produção alternativo à competição e à exploração, no entendimento de Gaiger (2012):

Na América Latina, o conceito de Economia Solidária refere-se, comumente, a iniciativas econômicas que visam à geração de trabalho e renda, além de benefícios como qualidade de vida, reconhecimento e participação cidadã. A solidariedade diz respeito à cooperação na atividade produtiva, à disponibilização para uso comum dos meios de produção e à autogestão exercida na condução dos empreendimentos. As organizações da economia solidária minimizam a presença de relações sociais que subentendem a separação entre capital e trabalho. (2012, p. 317).

Da análise de Gaiger evidenciam-se os princípios da Economia Solidária: o cooperativismo, a autogestão, dimensão econômica com divisão igualitária de lucros, solidariedade expressa como a preocupação dos indivíduos em garantir as melhores condições de vida. (ARAÚJO, 2017, posição. 338)

No Brasil, um dos principais pensadores sobre economia solidária é Paul Singer, economista que defende a cooperação aplicada à economia e às relações interpessoais em detrimento do individualismo e competição imposta pelo capitalismo (ARAÚJO, 2017, posição.349). Defende, ainda, que “as experiências da economia solidária se projetam no espaço público no qual estão inseridas, tendo como perspectiva a construção de um ambiente socialmente justo e sustentável” (SINGER, 2002).

Perlingieri (2008, p. 514) por sua vez, defende que a ausência de verificação de equidade distributiva nas relações econômicas, bem como da análise jurídicas dos novos valores decorrentes, deixa de considerar as motivações não ligadas ao lucro. Os sentimentos e ideologias merecem análise, pois correspondem a formação da ética nos negócios, e levam a responsabilidade social. Práticas comerciais, muitas vezes com valores mais elevados que o de mercado, evidenciam este entendimento,

como a comercialização de produtos ecológicos ou o próprio boicote aos produtos de empresas sem ética nos negócios.

Segundo referido autor o desenvolvimento econômico é condicionado às normas de comportamento e de funcionamento das instituições, derivados da forte influência cultural. Pautado em sistema equivocado de distribuição de riquezas, que considera ajudar quem sofreu um dano ou se encontra em um estado de necessidade “entendido este como situação econômica e humana de ausência das condições necessárias para viver livre e dignamente” (PERLINGIERI, 2008, p. 515). Entende, o autor, que a justiça distributiva se faz com fulcro na própria solidariedade, com perfis objetivos de solidariedade e representa “ou uma verdadeira Liberdade ou o adimplemento de um dever moral e social ou um dever jurídico” (PERLINGIERI, 2008, p. 515).

Na transferência de recursos para fins de equidade distributiva, considera a relevância parcial da generosidade e de discricionariedade, mas a principal relevância de sistemas tributários proporcionais ou progressivos que atingem diretamente a renda (PERLINGIERI, 2008, p. 516). A busca de uma justiça fiscal, visa então, a contribuição às despesas públicas em razão da capacidade contributiva e por um sistema tributário informado por critérios de progressividade.

Defende Perlingieri (2008, p. 516), no que tange a adequação e razoabilidade do controle e instrumentalidade das situações patrimoniais, que a existência do mercado, previsto constitucionalmente, não se limita a questões de ordem econômica ou financeiras, mas sim ao equilíbrio das relações e desenvolvimento público e privado. O acesso e a saída do mercado são meio de defesa da empresa privada “como ato qualificado de iniciativa econômica que para subsistir, inevitavelmente tem normas que impeçam que a atividade se desenvolva em contraste com a utilidade social ou de modo a causar dano à segurança, à Liberdade, e à dignidade humana.”

Assim, entende o autor que as atividades devem ser normatizadas de forma que sejam coordenadas para fins sociais, evidenciando a função socialmente relevante, e de realizar em conformidade com os valores da pessoa humana. Pautada na ética, a atividade econômica deve ser meio instrumental para o ser, exercidas em razão da sua função social. (PERLINGIERI, 2008, p. 520)

Possível constatar, com base no posicionamento supra referido, de Pietro Perlingieri (2008) que a essência da economia solidária, em uma equidade distributiva, se pauta ação conjunta do entre privado com o público, determinando a participação

do privado de forma proporcional as suas possibilidades, junto ao ente público. E este, equilibrando-a por meio de políticas públicas e implementando uma justiça fiscal pautada nesta mesma lógica equitativa distributiva.

Ainda no contexto brasileiro, Marcio Pochmann enumera em 5 as lacunas que limitam a economia solidária no Brasil (2004, p. 31):

1. Regulação pública que defina o estatuto da economia solidária: “decorrente do vazio legal que confunde a ética solidária com concorrência desleal e mesmo com falsas cooperativas que fraudam os direitos legítimos dos empregados assalariados. Em outras palavras, trata-se da constituição de um código próprio do trabalho sob o regime da economia solidária.”
2. Padrão de financiamento apropriado ao desenvolvimento da economia solidária. “Parte-se do pressuposto de que o sistema bancário tradicional se encontra distante dos princípios éticos da economia solidária, exigindo, por pressuposto, uma linha nacional de financiamento própria, estruturada por agentes de créditos populares e cooperativas comunitárias adequadas ao modo de produção não capitalista.”
3. Política pública para constituição de uma rede de produção, difusão de tecnologia e extensão técnica no âmbito da economia solidária: “Além da articulação das fontes institucionais existentes de financiamentos (fundos setoriais, Finep, Fapesp e congêneres estaduais) e de instituições de ensino, cabe a promoção de um organismo voltado ao apoio e à formação técnica na economia solidária, a exemplo do que existe para a economia capitalista (Sebrae).”
4. Incorporação da economia solidária no âmbito das políticas públicas para a indústria e o comércio exterior: “Como são, em geral, políticas direcionadas tão-somente ao modo de produção capitalista, nada mais adequado que seja realizada uma reformulação ampla e capaz de incluir a economia solidária sob novos paradigmas éticos de produção e exportação.”
5. Política governamental de compras do setor público e da promoção de redes direcionadas à comercialização e distribuição solidárias: “É necessária a revisão da atual legislação que disciplina as licitações públicas, como forma de permitir a inclusão dos empreendimentos solidários, praticamente à margem das compras públicas. Considerando que as compras do setor público representam 30% da renda nacional, parece ser impensável que a oferta de bens e serviços pertencentes à economia solidária possa continuar marginalizada.”

Algumas das lacunas apontadas por Pochmann no ano de 2004 ainda permanecem, contudo, possível verificar que diversas ações já foram implementadas ou estão em implementação.

Em 2010 o Governo Federal Brasileiro editou o Decreto sob nº 7.358 que instituiu o Sistema Nacional de Comercio Justo e Solidário, no âmbito do Ministério do Trabalho e do Emprego, para coordenar ações do Governo Federal voltadas ao reconhecimento de práticas de trabalho justo e solidário e a sua promoção (BRASIL, 2010). No ano de 2019 houve a alteração deste Decreto, com a revogação de artigos que instituíam a Comissão Gestora Nacional (BRASIL, 2019).

Neste mesmo contexto, no ano de 2012 foi apresentado Projeto de Lei para instituir política nacional de economia solidária e empreendimentos econômicos solidários (PL n.º 4685/2012). Contudo, apenas no ano de 2019, após algumas emendas é que foi aprovado no Senado Federal, voltando para tramitação na Câmara dos Deputados. Esta pretensa normatização visa instituir e normatizar a economia solidária e propiciar o implemento de políticas públicas destinadas a fomentá-las.

Embora carente de regulamentação jurídica própria, a atuação na modalidade de economia solidária é uma realidade no Brasil. Não como um modelo econômico nacional, mas como atuações práticas de entidades associativistas, de pessoas jurídicas constituídas em cooperativas e por associações de empresas que atuam sobre os princípios da solidariedade econômica.

Nesta seara de atuação econômica com o objetivo de prover o bem-estar dos integrantes de uma comunidade, ou social, estão os Negócios de Impacto social, que são definidos como um negócio social e que merecem análise para que possamos verificar a possibilidade deste ser (ou não) mais um alicerce para a economia de solidariedade.

4. OS NEGÓCIOS DE IMPACTO

Os negócios de impacto, também chamados de “negócios sociais”, decorrem da necessidade de aprofundar e desenvolver negócios que visem à redução da pobreza, à diminuição da vulnerabilidade das pessoas e comunidades para propiciar o alcance ao equilíbrio sustentável com o meio ambiente, conforme previsto na Carta de Princípios para Negócios de Impacto no Brasil, desenvolvida pela Força Tarefa de Finanças Sociais:

Os Negócios de Impacto surgem como uma forma de intervenção socioeconômica, que integra os diferentes atores impactados ou impactantes, na busca por inovação, transformação social e desempenho financeiro. A aspiração de todo o ecossistema é ver inovações que criem novos mercados, tenham impacto social e sustentabilidade financeira, simultaneamente. A possibilidade de atuação dos Negócios de Impacto é ampla, abrangendo temas como qualidade da educação, serviços de saúde, mobilidade urbana e redução de emissões de carbono, entre outras necessidades sociais. (GIFE).

Entende-se por negócios de impacto as atividades econômicas que se estruturam a partir de princípios e objetivos que visam gerar impacto socioambiental positivo, ou seja, com o objetivo de auxiliar na resolução de um problema social ou

ambiental, e obtendo a lucratividade inerente ao desenvolvimento da atividade econômica.

O negócio de impacto, portanto, não está relacionado com a forma jurídica de constituição da pessoa jurídica e sequer há regulamentação no Brasil sobre o tema (constituição jurídica de negócios de impacto); está relacionado com a atividade exercida. Trata de utilização de “[...] ‘recursos privados para o bem comum’”. (DEBONI, 2019, p. 18).

Em consonância com os negócios de impacto, estão os Investimentos Sociais Privados (ISP), realizados por meio de repasse voluntário de recursos privados de forma planejada, monitorada e sistemática para projetos sociais, ambientais, culturais e científicos de interesse público. (GIFE)

Tenho acreditado cada vez mais no papel do ISP como uma espécie de enzima – com capacidade de gerar conexões, potencializar sinergias e acelerar transformações, a partir da atuação entre diferentes organizações e atores sociais.” (DEBONI, 2019, p. 20).

Por conseguinte, o ISP surge como uma forma de as organizações privadas apoiarem projetos, negócios e iniciativas que gerem impacto social positivo na sociedade. (MATHIAS; SANTOS, 2018); entretanto, não podem ser confundidos, pois um trata de prover investimento e o outro (negócio de impacto) de desenvolver a atividade com lucratividade, promovendo o impacto social e/ou ambiental pretendido.

4.1 Os agentes

Este modelo de negócio conta com diferentes agentes, conforme o papel que cada um pretende desenvolver, como bem define Deboni:

Assim, como há considerável diversidade entre empresas, institutos e fundações, há também entre investidores de impacto e empreendedores de negócios sociais, Portanto, deve-se evitar colocar todos os atores que atuam nesse campo numa mesma categoria. (2019, p. 22).

Conforme exposto no final do tópico anterior, as empresas tanto podem ter o formato de ISP quanto de um negócio de impacto. Assim como as Instituições e fundações podem receber o ISP para desenvolver seus negócios de impacto, também podem ser agentes de fomento e indutoras de desenvolvimento de negócios de impacto; o setor público pode instituir políticas para fomentar o desenvolvimento de

negócios de impacto, como medidas de incentivo para aquisição de bens para a estrutura pública, oriundos de negócios de impacto, entre outras medidas.

Outros agentes que podem figurar neste ambiente são as instituições bancárias ou agências de desenvolvimento, tanto na área de investimentos, quanto na área de crédito; aceleradoras ou incubadoras de negócios, por meio de seleção de empresas voltadas para área de impacto; e também nas universidades, no desenvolvimento da pesquisa e do ensino sobre os negócios de impacto.

4.2 Princípios

Na Carta de Princípios para Negócios de Impacto no Brasil há uma proposta para que as instituições se baseiem em quatro princípios para atuação nesta área: (i) compromisso com a missão social e ambiental; (ii) compromisso com o impacto social e ambiental monitorado; (iii) compromisso com a lógica econômica; e (iv) compromisso com a governança efetiva.

A proposta é de que os princípios sejam adotados de forma evolutiva, ou seja, conforme o estágio e a natureza do desenvolvimento da organização, devendo, contudo, ocorrer em um espaço delimitado de tempo.

A adoção dos princípios nos negócios é realizada, nos termos da Carta, mediante a adoção de alguns procedimentos, como a inclusão nos documentos legais de comunicação, seja externa ou internamente; a missão social e ambiental, como parte do objetivo central da organização; a explicitação da teoria da mudança do negócio, de forma reportada e periódica; a atuação em um modelo de operação comercial voltado à sustentabilidade financeira, podendo ser iniciado com verba filantrópica, para o alcance de equilíbrio financeiro em longo ou médio prazo; a existência de uma governança efetiva, voltada para deixar um legado socioambiental superior aos recursos econômicos extraídos.

Esta sugestão de adoção de princípios segue um nivelamento, para que as organizações evoluam em sua implantação, partindo do nível 1 ao 4, conforme o mencionado Princípio.

O princípio imprescindível para que os negócios de impacto aconteçam é a moralidade da atuação dos agentes para que exerçam a atividade com a busca de soluções sociais e/ou ambientais, legitimados no desenvolvimento econômico e autossuficiência financeira, conduzindo as atividades de forma ética e responsável.

5. RELAÇÃO ENTRE ECONOMIA SOLIDÁRIA E NEGÓCIOS DE IMPACTO SOCIAL

A busca por uma justiça social revela diversos atores que atuam de forma a promover a redistribuição de riquezas com o objetivo de promover um bem-estar social. Esta atuação, por vezes, independe de políticas públicas e ocorre por iniciativa de pessoas físicas pessoalmente ou por meio de pessoas jurídicas. Neste sentido, é a manifestação de Deboni:

O setor social no Brasil é bastante complexo, diverso e abundante na quantidade de empreendedores, empreendedoras e soluções que endereçam, de forma eficaz, propostas para combater as mazelas sociais e desafios ambientais do país. Esse setor, ao longo dos anos, tem sofrido uma enorme mudança de conjuntura não apenas por conta das mudanças de contexto externo do Brasil, mas pela multiplicidade de atores e estratégias de impacto social que passam a coexistir. O fortalecimento do conceito de inovação social e o surgimento dos negócios de impacto social são exemplos dessa premissa. (2019, p. 11).

Afastado, pois, da lógica de filantropia, os negócios de impacto são desenvolvidos para gerar impacto, mas também com a sustentabilidade e o ganho financeiro do seu desenvolvedor ou executor. Assim, consta como relevante o esclarecimento deste tema na Carta de Princípios (2015):

É importante destacar que Organizações de Impacto, dependendo de seu formato legal e de sua Missão, podem ou não distribuir dividendos. No ecossistema brasileiro, existem diferentes formatos de organizações desse tipo. Destacam-se as seguintes:

- 1 – Organizações da sociedade civil com atividades de geração de receita e que podem receber doações, mas não podem distribuir lucros.
- 2 – Negócios Sociais com formato jurídico de empresa e que visam ao lucro, mas que reinvestem esses recursos inteiramente nos negócios.
- 3 – Negócios de Impacto que distribuem lucros a seus investidores. O retorno sobre o capital investido (filantrópico ou comercial) não é, portanto, um princípio para os Negócios de Impacto. Essa distribuição, deve, contudo, ser pactuada com o investidor.

Este movimento privado independente de políticas públicas coaduna com o entendimento de LEITE:

Sendo assim, a definição de alternativas positivas ao Estado-Providência supõe, que segmentos da sociedade civil possam ser reconhecidos como sujeitos de direito e instâncias produtoras de um direito autônomo em relação à lei de essência estatal.



Aqui se encontra o papel a ser desempenhado por todas as experiências no vasto movimento da Economia Solidária e/ou Civil, onde se fará necessário uma transformação das representações jurídicas e políticas superando a noção do Estado-Providência como forma preponderante de expressão e de realização da solidariedade coletiva, devendo inserir, também em termos de normatizações jurídicas, certas experiências da Economia Solidária. (LEITE, 2005, p. 81)

O protagonismo das entidades privadas, em que pese o movimento estatal que se manifesta no Brasil, inclusive com a recente aprovação no Senado do Projeto de Lei que institui o estatuto da Economia Solidária, evidencia o fortalecimento deste movimento, conforme expressa Deboni:

Atuar fortalecendo o ecossistema, apoiando estudos e diagnóstico, promovendo *networking* ou propondo desafios para empreendedores sociais são apenas alguns dos caminhos possíveis e esperados. (2019, p. 35).

Na mesma linha de entendimento, colaciona-se o posicionamento de Honeyman:

O primeiro passo para ser bom para a comunidade é ver seu negócio como algo conectado às comunidades locais, nacionais e globais em que você reside. Na verdade, empresas que se comportam como cidadãos com responsabilidade socioambientais podem se beneficiar de uma maior capacidade de atrair e reter os melhores talentos, gerar atenção positiva da mídia e aumentar a boa vontade do cliente. (HONEYMAN, 2017, p. 80).

Embora os negócios de impacto estejam voltados ao bem-estar social e ambiental, a conexão com a sua essência, sua finalidade institucional, também com os seus colaboradores e a comunidade em que está inserida, evidenciam características da Economia solidária: cooperação no trabalho, desenvolvimento humano e responsabilidade social, participação, autossustentação e a solidariedade; considerando as características apresentadas por Gainger (2000, p. 31): “autogestão, democracia, participação, igualitarismo, cooperação no trabalho, autossustentação, desenvolvimento humano e responsabilidade social”.

Resta evidente que a essência do negócio é superior a qualquer hipótese de restrição de sua atuação. O objetivo de promover o impacto social é o mote da atividade econômica e pode ser desenvolvido por pessoas jurídicas com ou sem fins lucrativos. E por impacto social, verifica-se a busca de igualdade, melhoria da vida social, ambiente equilibrado, entre outros.

Ainda, a possibilidade de atuação como agente em um negócio de impacto, dentro da lógica estabelecida no presente artigo, não se limita ao desenvolvimento do próprio negócio, mas também ao fomento ou desenvolvimento por outras organizações.

O ambiente associativista desenvolvido pelas associações comerciais, por exemplo, assim como são as atividades de cooperativas, tem por essência a colaboração em cadeia de seus participantes, visando uma finalidade comum ou que possa ser usufruída por seus integrantes com reflexo positivo no meio que estão inseridos; atuação esta que pode promover ainda mais o engajamento no desenvolvimento de negócios de impacto, revertendo a atual realidade evidenciada por Deboni:

Como podemos nos inspirar mais no modelo de atuação das startups? Como podemos dialogar mais com movimentos sociais, coletivos e grupos “minoritários”? Como podemos abrir mão de formas cristalizadas e que, claramente, não funcionam mais? Aqui temos muitos pontos de melhoria e de reinvenção.

É preciso, portanto, abordarmos mais as formas ‘como’ temos atuado, pois nesse quesito estamos mais para o *modus operandi* das empresas do que das OSCs. Temos sido pautados mais pela ótica da “eficiência” ao setor privado, que, por sua vez, traz consigo a superficialidade das abordagens e análises e a arrogância das decisões e implementações: “Suas atitudes falam tão alto que não consigo ouvir o que você diz” Ralph Waldo Emerson, filósofo americano, século XIX. (2019, p. 29).

O diagnóstico de Deboni evidencia que a atuação nos negócios de impacto não é só uma possibilidade para as associações em contribuição aos seus associados, mas sim como uma necessidade de desenvolver a cultura e o engajamento do comércio no modo de operar na Sociedade 5.0.

No projeto de Lei que dispõe sobre a Política Nacional de Economia Solidária e os empreendimentos econômicos solidários, cria o Sistema Nacional de Economia Solidária e dá outras providências (PL 6606/2019), em seu artigo 2º, define economia solidária como:

atividades de organização da produção e da comercialização de bens e de serviços, da distribuição, do consumo e do crédito, tendo por base os princípios da autogestão, da cooperação e da solidariedade, a gestão democrática e participativa, a distribuição equitativa das riquezas produzidas coletivamente, o desenvolvimento local, regional e territorial integrado e sustentável, o respeito aos ecossistemas, a preservação do meio ambiente, a valorização do ser humano, do trabalho, da cultura, com o estabelecimento de relações igualitárias entre diferentes.

Da leitura da redação proposta para instituir a política de economia solidaria no Brasil, entretanto, em especial do art. 2º supracitado cumulado com o art. 3º que traz quais os empreendimentos econômicos devem ser considerados como praticantes de economia solidária, o princípio da autogestão é tido como “participantes ou associados exerçam coletivamente a gestão das atividades econômicas e a decisão sobre a partilha dos seus resultados, através da administração transparente e democrática, soberania assemblear e singularidade de voto dos sócios, conforme dispuser o seu estatuto ou regimento interno”, assim como a distribuição equitativa das riquezas produzidas coletivamente é tida como “distribuir os resultados financeiros da atividade econômica de acordo com a deliberação de seus associados, considerando as operações econômicas realizadas pelo coletivo” (PL 6606/2019); pessoas jurídicas que não estejam estruturadas da forma prevista no Projeto, se aprovado como está, não serão consideradas como empreendimento de economia solidária, em que pese pratiquem atividade caracterizada como negócio de impacto social.

Todavia, o cumprimento do papel de ambas é promover o desenvolvimento econômico e social do setor empresarial e fomentar e promover o acesso ao conhecimento sobre bens e serviços que produzam impacto positivo social e ambiental no contexto econômico, que passa de uma possibilidade para atingir o patamar de necessidade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contexto econômico e social revela uma atuação do Direito voltada às reflexões de Alexy, quando discute com Bulyngin sobre o conceito de Justiça e a aplicação do Direito. A força da moral atrai o Direito e, para que a Justiça ocorra, ambos devem caminhar de mãos dadas (2017).

Nesta ótica, é possível visualizar o desenvolvimento social e econômico contemporâneo. Parte-se de uma revolução tecnológica (3ª. revolução) para a Indústria 4.0, na qual a automatização de processos industriais assustou diversos profissionais que se sentiram ameaçados com a possibilidade da máquina (novamente) substituir o trabalho humano.

De forma silenciosa, ou não, a busca pela valoração das pessoas e de formas de prover o bem-estar social, refletidos no movimento denominado Sociedade 5.0, revela o anseio em ter a efetividade da dignidade da pessoa humana, da valoração



do trabalho, sem que esteja dissociada da legitimidade do lucro. O aumento do uso da tecnologia e da automação evidencia a necessidade da valorização do humano.

Neste contexto social é que a economia recebe a influência, pois os fluxos econômicos devem ser projetos e exercidos dentro da realidade social. Assim, cada vez mais evidente a produção e a prestação de serviços que permitam e que promovam o bem-estar dos indivíduos.

No mesmo âmbito é que se pode vislumbrar a efetividade e a importância dos negócios de impacto, que têm a finalidade de impactar positivamente o âmbito social ou ambiental, como objeto de atividade econômica lucrativa, sem que se tenha de dissociar a atividade econômica da atividade com finalidade social ou ambiental. Mas o bem estar dos agentes envolvidos no processo de produção, bem como a redistribuição dos ganhos entre estes agentes, é mote para que a cooperação entre profissionais e empreendedores ocorra. O compartilhamento de resultados, deriva de gestão compartilhada e traz o bem-estar dos integrantes da cadeia produtiva.

Possível constatar que a iniciativa em produzir um impacto positivo na sociedade, somado ao bem-estar dos agentes de produção evidenciam que o movimento iniciado nos anos 90 vem sendo praticado e progredindo, inclusive com a possibilidade de normatização própria no Brasil. E, embora os negócios de impacto social não sejam contemplados como economia solidária, nos termos do Projeto de Lei Brasileiro, a atividade empresarial nestes negócios promovem a solidariedade e a busca pelo bem-estar, podendo ser entendidos com um alicerce para a economia solidária.

REFERÊNCIAS

ACTIVA ID. **Uma revolução silenciosa**: conheça a Sociedade 5.0. Disponível em: <<http://activa-id.com.br/blog/uma-revolucao-silenciosa-conheca-a-sociedade-5.0>>.

Acesso em: 10 mar. 2020.

ALEXY, Robert; BULIGIN, Eugênio. **Direito, Moralidade e Positivismo**. O debate entre Robert Alexy e Eugenio Bulygin. Curitiba: Juruá, 2017

ALIANÇA. **O que são negócios de impacto**. Disponível em: <<https://aliancapeloimpacto.org.br/o-que-sao-negocios-de-impacto/>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

ANPEI. **O que é a Indústria O QUE É A INDÚSTRIA 4.0**. 19 set. 2019. Disponível em: <<http://anpei.org.br/industria-4-0-o-que-e/>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

ARAÚJO, Maxwel Rodrigues J.. **Economia Solidária**: Construção de Conceitos e a Importância da sua Prática. Brasília/DF, publicação independente 2016. KINDLE.

ARTEMISIA. **O que são negócios de impacto social?** Disponível em: <<https://artemisia.org.br/conhecimento-negocios-de-impacto-social/>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Decreto nº. **9.977, de 19 de agosto de 2019**. Dispõe sobre a Estratégia Nacional de Investimento e Negócios de Impacto e o Comitê de Investimentos e Negócios de Impacto. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília/DF, 19 ago. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9977.htm#art13>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto nº. 10.087, de 5 de novembro de 2019**. Disponível em: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10087.htm#art1>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto nº. 7.358, de 17 de novembro de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7358.htm#:~:text=Institui%20o%20Sistema%20Nacional%20do,que%20lhe%20confere%20o%20art>. Acesso em: 22 jan. 2021.

CARVALHO, TALITA. **Significado de Ciências Econômicas**. Disponível em : <<https://www.significados.com.br/ciencias-economicas/>> Acesso em: 10 mar. 2020.

DEBONI, Fábio. **Impacto na Encruzilhada**. São Paulo: Aupa Editora, 2019.

FIA. **Sociedade 5.0**: o que é, objetivos e como funciona. 26 jul. 2019. Disponível em: <<https://fia.com.br/blog/sociedade-5-0/>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

FORÇA TAREFA DE FINANÇAS SOCIAIS. **Carta de Princípios para Negócios de Impacto no Brasil**. Abril 2015. Disponível em: <https://forcatarefa-assets.s3.amazonaws.com/uploads/2015/10/Carta_Principios.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2020.

GIFE. **Empresas e Investidores Sociais são Convocados a Debater Sobre seu Papel no Século XXI**. 19 fev. 2018. Disponível em: <<https://gife.org.br/empresas-investidores-sociais-transformacao-social/>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

GIFE.. **Alinhamento entre o investimento social e o negócio**. Disponível em: <<https://gife.org.br/agendas-estrategicas/alinhamento-entre-investimento-social-e-o-negocio/>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

HONEYMAN, Ryan. **O Manual das Empresas**. Voo. Curitiba, 2017.

ICE, Equipe. **Desafios Jurídicos para Investimentos e Negócios de Impacto**. Disponível em: <<http://ice.org.br/desafios-juridicos-para-investimentos-e-negocios-de-impacto/>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

LEITE, Kelen Christina. **Economia de Comunhão**: uma mudança cultural e política na construção do princípio da reciprocidade nas relações econômicas. Disponível em: <<https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/1426/TeseKCL.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

MELLO, Ana Lucia Jansen de. **Terceiro Setor, Empreendedorismo Social e Cidadania Participativa**. Máquina de escrever. Curitiba, 2018.

MORAES, Neto. Lei regulamentará negócio de impacto social no Estado. **Tribuna do Norte**. 08 fev. 2019. Disponível em: <http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/lei-regulamentara-nega-cio-de-impacto-social-no-estado/438548?fbclid=IwAR03J71jnAHV4P-SK6FdAthYfd3WWuY0PmG9MnspS1c-glJwllrAU_Q35IA>. Acesso em: 10 mar. 2020.

MOREIRA, Mauro. **E-book de Direito Econômico. Instituto Fórmula** (e-book). (2018). Disponível em: <<https://www.institutoformula.com.br/wp-content/uploads/2018/08/D.-Econo%cc%82mico-Introduc%cc%a7a%cc%83o-1.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2020.

MURPHY, Robert P. A Escola de Chicago versus a Escola Austríaca. **MISES BRASIL**, 26 de jun. de 2011. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/article/1024/a-escola-de-chicago-versus-a-escola-austriaca>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

NEXO, Equipe. Incentivos fiscais para investimento social: como funcionam? **Nexo investimento social**. 25 nov. 2019. Disponível em: <<https://nexo.is/blog/incentivos-fiscais-para-investimento-social-como-funcionam/>>. Acesso em: 14 mar. 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Terceiro setor, empresas e Estado**: novas fronteiras entre o público e privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

PORCHAMANN, Marcio. Economia Solidaria no Brasil: possibilidades e limites. NOTA TECNICA IPEA. Ago 2015. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5337/1/bmt_n.23_economiabr.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2021.

RAMOS, Maria da Conceição Pereira. **Economia solidária, plural e ética, na promoção do emprego, da cidadania e da coesão social**. Openediton Journals. V. 7, n. 1. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/laboreal/8366>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

SANT'ANA, Diego de. Diego de. Negócios de impacto e a atuação das organizações. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)**. 20 jun. 2019 Disponível em: <<cto%20e%20a%20Atua%c3%a7%c3%a3o%20Econ%c3%b4mica.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

SANTANA, Diogo. Desafios jurídicos para os negócios de impacto do Brasil. **JOTA**. 29 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-vinicius/desafios-juridicos-para-os-negocios-de-impacto-no-brasil-29112018>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

SANTOS, Luís Miguel Luzio dos; BORINELLI, Benilson; PIGAGUÁRI, Sinival Osório. **Economia Solidária numa Pluralidade de Perspectivas**. Disponível em: <http://www.uel.br/pos/ppgsoc/portal/pages/arquivos/ECONOMIA_SOLIDARIA_2_FINAL.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021.

SANTOS, Raphael Salomão Eulário da Costa. **Economia popular e solidária**: uma opção aos excluídos do mercado formal de trabalho. Monografia de curso de conclusão de graduação. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/1735/4/RSECSantos.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

SEBRAE. **O que são negócios de impacto social**. Disponível em: <<https://m.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sc/sebraeaz/negocios-de-impacto-social,8e1578e27c28c510VgnVCM1000004c00210aRCRD>>. Acesso em: 10 mar. 2020.



SILVA, Andréa Vieira da. **Economia Solidária**: uma estratégia política de desenvolvimento. Tese de doutorado. Universidade Federal da Paraíba. Disponível em: <<https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/7339/1/arquivo%20total.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

SINGER, Paul. **Economia solidária versus economia capitalista**. Brasília, 2001.

PROMOÇÃO DA DIVERSIDADE, EQUIDADE E INCLUSÃO: UM ESTUDO NA ORDEN DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SECCIONAL PARANÁ

PROMOTION OF DIVERSITY, EQUITY AND INCLUSION: A STUDY IN THE BRAZILIAN BAR ASSOCIATION – PARANÁ SECTION

Ricardo Pimentel¹

Anderson Farias Ferreira²

Resumo: O objetivo do artigo é apresentar a promoção da diversidade, equidade e inclusão na Ordem dos Advogados do Brasil, fomentada pelo Conselho Federal da OAB através de regulamentos internos que demonstram um compromisso com a redução das desigualdades dentro da estrutura OAB. Através de pesquisa qualitativa com abordagem descritiva, por meio de um levantamento do tipo seccional com avaliação transversal, diante da necessidade de avaliar os programas de *compliance* como parte da Governança Corporativa na promoção da diversidade, equidade e inclusão, necessárias para contribuir com os ODS 5, 8 e 16 na OAB – Seccional Paraná, que por meio de suas comissões internas e Código de Conduta demonstrou o compromisso da instituição com a ética e ações que promovam a diversidade, equidade e inclusão. Ao final chega-se conclusão que através de um arcabouço jurídico existe uma relação da Governança na OAB – Seccional Paraná com a promoção da diversidade, equidade e inclusão.

Palavras-Chave: Diversidade; Equidade; Inclusão.

Abstract: The aim of the article is to present the promotion of diversity, equity and inclusion in the Brazilian Bar Association, fostered by the Federal Council of the OAB through internal regulations that demonstrate a commitment to reducing inequalities within the OAB structure. Through qualitative research with a descriptive approach, through a cross-sectional survey, given the need to evaluate *compliance* programs as part of Corporate Governance in promoting diversity, equity and inclusion, necessary to contribute to SDG 5, 8 and 16 in the OAB - Paraná Section, which through its internal committees and Code of Conduct demonstrated the institution's commitment to ethics and actions that promote diversity, equity and inclusion. In the end, the conclusion is that, through a legal framework, there is a relationship between governance at the OAB - Paraná Chapter and the promotion of diversity, equity and inclusion.

Keywords: Diversity; Equity; Inclusion.

¹ Doutor em Administração pela Universidade Positivo (UP) com estágio doutoral (período sanduíche) com a Profa. Bente Elkjaer na Aarhus University em Copenhagen - Dinamarca. Mestre em Administração Estratégica pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Especialista em Administração pelo Centro Universitário Franciscano do Paraná (FAE) e Graduado em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Mestrado Profissional em Governança e Sustentabilidade do ISAE - Curitiba – PR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2344092024372176>

² Advogado, Mestre em Governança e Sustentabilidade no Instituto Superior de Administração e Economia do Mercosul (ISAE), Bacharel em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná (UTP), com especialização lato sensu em Direito Militar Contemporâneo pela Universidade Tuiuti do Paraná (UTP) e especialização lato sensu em Direito Civil e Processo Civil de acordo com o Novo CPC pela Faculdade Unyleya, graduando em Ciências Sociais na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Presidente da Comissão da Verdade da Escravização Negra da OAB-PR triênio 2022/2024. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2136035531236275>



1. INTRODUÇÃO

A promoção da diversidade, equidade e inclusão de forma implícita ou explícita, como metas e indicadores, estão previstas nos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da agenda 2030, sendo decisivo para a promoção de um Brasil sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, pois constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

No ambiente corporativo, sendo cada vez mais comum profissionais heterogêneos (HANASHIRO, 2007, *apud*, SILVA, 2020, p. 51), a gestão da diversidade, equidade e inclusão eleva a competitividade das companhias, potencializando os negócios, aprimorando a gestão de talentos, permitindo a atração de colaboradores, ampliando a flexibilidade e capacidade de solucionar problemas (ALVES; SILVA, 2004, *apud*, SILVA, 2020, p. 51). A gestão da diversidade terá que lidar com desafios como o sexismo que se expressa tanto pelo assédio sexual, como pelo assédio moral, seja automático quando dirigido a um grupo de mulheres ou instrumental/específico dirigido contra determinada mulher (SEGATO, 2003, *apud*, DA CRUZ, 2018, p. 144).

Para o desenvolvimento do trabalho foram utilizados dados colhidos na Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Paraná (OAB-PR), que tem por finalidade “defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas”, papel importante na promoção da diversidade, equidade e inclusão, seja internamente em seus órgãos como o Conselho Federal, os Conselhos Seccionais, as Subseções e as Caixas de Assistência dos Advogados (BRASIL, 1994), ou por meio dos advogados que compõem seus quadros de inscritos na instituição, pois, nos termos da Carta da República, “O advogado é indispensável à administração da justiça” (BRASIL, 1988). Além de pesquisa realizada em doutrina e artigos científicos voltados para Governança Corporativa, *Compliance*, Diversidade, Equidade e Inclusão.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

O Brasil é um país que possui uma formação cultural diversa com índices históricos de desigualdade, sendo proposto no texto constitucional a promoção da

diversidade (BEZERRA et al., LIMA, OLIVEIRA, LEMOS, MUNIZ, PAIVA, 2022, p.4). Para que seja promovida a diversidade, equidade e inclusão nas organizações, as pessoas vulneráveis merecem e recebem um tratamento diferenciado na legislação, como por exemplo o que ocorre com idosos e crianças, possuindo um estatuto próprio que lhes confere maior proteção legal. E com a evolução das discussões, o tema da diversidade, equidade e inclusão deixou de frequentar apenas fóruns da sociedade civil e movimentos sociais para ser debatido em departamentos de recursos humanos das empresas e migrando para a agenda dos conselhos e dos principais executivos das empresas, sendo fator de sucesso para as empresas (CRUZ, 2021, p. 99).

Além de atrair para as instituições pessoas com olhares e saberes diversos, é necessário acolher e respeitar pessoas com pensamentos, comportamentos e identidades diferentes daquilo que comumente o ambiente corporativo apresenta à sociedade, realizando a inclusão e integrando grupos de pessoas historicamente excluídas (CRUZ, 2021, p. 100-101). Dessa forma, é necessário a discussão da diversidade nas organizações com o diálogo sobre a inclusão e o respeito às diferenças torna-se uma oportunidade para que nas organizações, sejam elas públicas ou privadas, seja compreendida a agenda da diversidade e inclusão (CRUZ, 2021, p. 102).

Diversidade, Equidade e Inclusão podem ser conceituadas de diversas formas, e para alinharmos o entendimento sobre o que está sendo apresentado neste artigo, escolhemos três conceitos trazidos pela academia e assim trilhamos o caminho até a conclusão tendo como norte conceitos que muito contribuem para a discussão do tema. Vejamos.

Segundo Fleury (2000, p.20), a diversidade é um mix de pessoas com identidades diferentes que interagem no mesmo sistema social, coexistindo grupos de maioria e de minoria. É um conceito multidimensional que inclui diferença étnico-racial, do gênero, da orientação sexual, da geração, da classe social, das capacidades físicas, da família, da religião, regional, profissional, político e de outras afiliações pessoais (GOMES, 2008, p 11).

Por sua vez equidade é o instrumento que leva em conta as diferenças físicas, morais, religiosas, de gênero, ideológicas, de identidade, orientação sexual, de geração, culturais, entre outras (MOTA, et. al., 2022, p. 24). Referindo-se a promoção da justiça por meio da adaptação de regras, reconhecendo a existência de privilégios e barreiras sociais que fazem que as pessoas não partam do mesmo lugar social e

assim adapta-se as regras para que sejam superadas as desigualdades a fim de concretizar a justiça (VOJVODIC et al., 2022, p. 48).

Sobre o conceito de inclusão, de acordo com Mota (2022, p. 25), quando há um comportamento proativo que cria um ambiente em que todas as pessoas são ativamente incluídas, com tratamento justo e respeitoso, igualdade em direitos de oportunidades, haverá inclusão. Para Passerino e Montardo (2007, p. 5), a inclusão é um processo que busca satisfazer necessidades que se relaciona com a qualidade de vida, estando abrangidos nesse contexto o desenvolvimento humano, autonomia de renda e equidade de oportunidades e direitos para aqueles que em alguma etapa da sua vida encontram-se em situação de desvantagem com relação a outros membros da sociedade.

Atingir a inclusão traz a necessidade de criar as estruturas, políticas e práticas nas organizações que reconheçam a existência de múltiplas perspectivas, não estando limitada à forma como a organização lida com os colaboradores, mas também às interações com clientes, parceiros, fornecedores, etc. (GOMES, 2008, p. 14).

Em busca da promoção da Diversidade, Equidade e Inclusão, o Conselho Federal da OAB através da Resolução 5/2020 alterou o Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, alterações que entraram em vigor para as eleições de 2021 (OAB, 2020, p.1), trazendo a paridade de gênero e raça na composição da comissão eleitoral e chapas concorrentes nas eleições internas da instituição, em especial a Seccional Paraná.

A promoção da diversidade, equidade e inclusão é fomentada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Paraná, por meio de suas comissões internas que tratam de diversos temas importantes para a atuação da advocacia, promove a diversidade e estudos relacionados às metas 5.1, 5.2, 5.3, 5.3.1, 5.5, 5.a (ODS 5), 8.5, 8.8 (ODS 8), 16.3, 16.5, 16.7, 16.b (ODS 16), estando regulamentada a atuação das comissões no Regimento Interno das Comissões da OAB Paraná, aprovado pela Resolução de Diretoria nº 07/2022 de 26 de agosto de 2022, tendo como finalidade regular a composição, competência e organização das Comissões no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Paraná e Subseções onde couber.

Portanto, a pesquisa realizada no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Paraná mostrou-se valiosa para o estudo da promoção da diversidade, equidade e inclusão, que são necessárias para o desenvolvimento da sociedade com

foco no ODS 5, 8 e 16, além de seu desenvolvimento interno coibindo práticas em desconformidades com ordenamento jurídico por meio de boas práticas de Governança Corporativa que estão de acordo com o texto constitucional que tem como fundamento a igualdade.

3. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O método adotado para a elaboração da referida investigação foi a pesquisa qualitativa com abordagem descritiva, por meio de um levantamento do tipo seccional com avaliação transversal, considerando-se a necessidade de avaliar os programas de *compliance* ao longo do tempo, como parte da Governança Corporativa na promoção da diversidade, equidade e inclusão, necessárias para contribuir com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável 5, 8 e 16, na Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Paraná.

Foram realizadas entrevistas com doze indivíduos, entre advogados(as) e colaboradores(as) da OAB/PR, onde foi possível extrair as diversas impressões que os(as) entrevistados(as) possuem sobre a Governança, *Compliance*, Diversidade, Inclusão e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

Além das entrevistas realizadas, foram colhidos dados secundários em documentos que norteiam a atuação dos(as) entrevistados(as) que atuam dentro da estrutura da OAB/PR, como por exemplo o Código de Conduta e a Resolução do Conselho Seccional nº 04/2022 (Regimento da Coordenadoria-Geral de Integridade e Processamento da Apuração de Denúncia), assim como foram realizadas observação não-participante em eventos desenvolvidos pelas diversas Comissões da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Paraná, realizados na sede da OAB/PR, sendo observados desde a acessibilidade da instituição para realização dos eventos temas selecionados e público presente.

Na pesquisa foi utilizada a análise de conteúdo que tem sido amplamente difundida e empregada para analisar dados qualitativos (SILVA; FOSSÁ, 2015, p.1). A análise de conteúdo foi organizada em três polos cronológicos (BARDIN, 2011, p. 95-101), sendo eles a (Primeira fase) Pré-análise, que é compreendida pela (a) Leitura flutuante, (b) Escolhas dos documentos, (c) Formulação das hipóteses e objetivos, (d) Elaboração de indicadores; (Segunda fase) a Exploração do material, que consiste na construção das operações de codificação, como por exemplo (SILVA; FOSSÁ, 2015 p. 4) “os recortes de textos em unidades de registro, a definição de regras de

contagem e a classificação e agregação das informações em categorias simbólicas ou temáticas”; (Terceira fase) o tratamento dos resultados, a inferência e a interpretação, “consistente em captar os conteúdos manifestos e latentes contidos em todo material coletado” (SILVA; FOSSÁ, 2015 p. 4).

Na primeira fase (Pré-análise), após a leitura flutuante das entrevistas realizadas e escolhas dos documentos, como hipótese foi verificado a existência de relação dos programas de *compliance* como parte da Governança Corporativa, na promoção da diversidade, equidade e inclusão na Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Paraná, considerando os ODS 5 (metas 5.1, 5.2, 5.3, 5.3.1, 5.5, 5.a), 8 (metas 8.5, 8.8) e 16 (metas 16.3, 16.5, 16.7, 16.b), tendo como objetivos verificar se havia conscientização dos entrevistados sobre a importância da diversidade, equidade e inclusão e as normas que disciplinam e os ODS 5, 8 e 16 no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil.

Dando sequência, o material coletado foi interpretado por meio dos seguintes indicadores:

- 1º Indicador – Nível de conhecimento sobre diversidade e Inclusão. Objetivo – Verificar o conhecimento dos(as) entrevistados(as) sobre a promoção da diversidade e inclusão na Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Paraná.
- 2º Indicador – Nível de percepção sobre diversidade e inclusão. Objetivo – Verificar a percepção dos entrevistados(as) sobre a diversidade e inclusão na Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Paraná.
- 3º – Nível de conhecimento sobre igualdade de gênero. Objetivo – Verificar o conhecimento dos entrevistados(as) sobre a promoção da igualdade de gênero realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Paraná.
- 4º – Nível de conhecimento sobre as normas. Objetivo – Verificar o conhecimento dos(as) entrevistados(as) sobre as normas que visam promover a igualdade de gênero e coibir a discriminação com base no sexo na Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Paraná.
- 5º – Nível de conhecimento sobre formas de difusão, diversidade e inclusão e erradicação da violência.

Objetivo – Verificar o conhecimento sobre a divulgação de eventos, cursos, palestras que discutam a promoção da diversidade e inclusão, violência e igualdade de gênero.

- 6º – Nível de conhecimento sobre ODS 5, 8 e 16.

Objetivo – Verificar o conhecimento explícito dos entrevistados(as) sobre os ODS 5, 8 e 16 e as metas que os compõem.

Na segunda fase (Exploração do material), houve a classificação dos diferentes recortes do material coletado em unidades de registro, dando origem a categorias iniciais (agrupadas em temas correlatos), que são agrupadas tematicamente, originando categorias intermediárias (aglutinadas em função da ocorrência dos temas), resultando categorias finais as quais possibilitaram as inferências.

A terceira fase (tratamento dos resultados, inferência e interpretação), será exposta no capítulo seguinte para melhor visualização dos desafios da promoção da diversidade, equidade e inclusão.

4. RESULTADOS

Com o objetivo de fortalecer as ações de Governança, a Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Paraná, instituiu o seu programa de integridade que se alinha aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, especialmente o ODS 5 - Igualdade de Gênero, que tem como objetivo ‘Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas’. Em consonância com o ODS 5, o Capítulo 2 do Código de Conduta da OAB/PR, denominado Ambiente de Trabalho Salubre e Inclusivo, propõe o compromisso da OAB/PR com a igualdade de oportunidades de trabalho para todos, independentemente de raça, gênero, religião, crença, nacionalidade, classe social e convicção política, com o empenho da instituição em propiciar um ambiente de trabalho respeitoso, livre de qualquer forma de assédio ou violência, não sendo toleradas práticas discriminatória contra qualquer profissional, candidato a emprego, cliente ou parceiro de negócio.

O Capítulo 2 do Código de Conduta da OAB/PR traz em seu arcabouço o contido nas metas 5.2 e 5.5 do ODS 5, quais sejam: (5.2) Eliminar todas as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, incluindo o tráfico e exploração sexual e de outros tipos, (5.5) Garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em

todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública (ONU, p. S/N).

O compromisso firmado pela OAB/PR traduz a busca pela promoção da Diversidade, Equidade e Inclusão estabelecida no Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia, que estabeleceu paridade de gênero de 50% (cinquenta por cento) e política de cotas raciais para negros (pretos e pardos) no percentual de 30% (trinta por cento) nas eleições da Ordem dos Advogados do Brasil, alterações foram aprovadas na Resolução 5/2020, e entraram em vigor para as eleições internas do órgão de classe para o ano de 2021 (OAB, 2020, p.1)³.

As referidas alterações do art. 128-A do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB trouxe importante modificação quanto as eleições internas da OAB, especialmente que a Diretoria do Conselho Federal designará Comissão Eleitoral Nacional que será composta por 03 (três) advogados e 03 (três) advogadas e presidida, preferencialmente, por Conselheiro(a) Federal. E no âmbito estadual o *caput*, do art. 129 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB disciplina que a Comissão Eleitoral é composta por 03 (três) advogados e 03 (três) advogadas, sendo um Presidente, que não integrem qualquer das chapas concorrentes.

Dentre as principais mudanças ocorridas, a mais significativa e que demonstra um compromisso com a redução das desigualdades dentro da estrutura OAB, são as

³ Art. 1º O art. 128-A, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 128-A. A Diretoria do Conselho Federal, no mês de fevereiro do ano das eleições, designará Comissão Eleitoral Nacional, composta por 03 (três) advogados e 03 (três) advogadas e presidida, preferencialmente, por Conselheiro(a) Federal que não seja candidato(a), como órgão deliberativo encarregado de supervisionar, com função correccional e consultiva, as eleições Seccionais e a eleição para a Diretoria do Conselho Federal."

Art. 2º O *caput* do art. 129, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 129. A Comissão Eleitoral é composta 03 (três) advogados e 03 (três) advogadas, sendo um Presidente, que não integrem qualquer das chapas concorrentes."

Art. 3º O *caput* e os §§ 1º e 2º do art. 131, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB passam a vigorar com as seguintes redações: "Art. 131. São admitidas a registro apenas chapas completas, que deverão atender ao percentual de 50% para candidaturas de cada gênero e, ao mínimo, de 30% (trinta por cento) de advogados negros e de advogadas negras, assim considerados os(as) inscritos(as) na Ordem dos Advogados do Brasil que se classificam (autodeclaração) como negros(as), ou seja, pretos(as) ou pardos(as), ou definição análoga (critérios subsidiários de heteroidentificação), entre titulares e entre suplentes, com indicação dos(as) candidatos(as) aos cargos de diretoria do Conselho Federal, do Conselho Seccional, da Caixa de Assistência dos(as) Advogados(as) e das Subseções, dos(as) conselheiros(as) federais, dos(as) conselheiros(as) seccionais e dos(as) conselheiros(as) subseccionais, sendo vedadas candidaturas isoladas ou que integrem mais de uma chapa.

§ 1º O percentual previsto no *caput* deste artigo aplicar-se-á quanto às Diretorias do Conselho Federal, dos Conselhos Seccionais, das Subseções e das Caixas de Assistência e deverá incidir sobre os cargos de titulares e suplentes, se houver, salvo se o número for ímpar, quando se aplicará o percentual mais próximo a 50% na composição de cada gênero, e o percentual de 30% na composição de cotas raciais para advogados negros e advogadas negras.

alterações do art. 131, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, referentes a admissão somente de registro de chapas completas, que deverão atender ao percentual de 50% (cinquenta por cento) para candidaturas de cada gênero e, ao mínimo, de 30% (trinta por cento) de advogados negros e advogadas negras, assim considerados os(as) inscritos (as) na Ordem dos Advogados do Brasil que se classificam (autodeclaração) como negros(as), ou seja, pretos(as) ou pardos(as), definição análoga (critérios subsidiários de heteroidentificação, entre titulares e entre suplentes, com indicação dos(as) candidatos(as) aos cargos de diretoria do Conselho Federal, do Conselho Seccional, da Caixa de Assistência dos(as) Advogados e das Subseções, dos(as) conselheiros(as) federais, dos(as) conselheiros(as) seccionais e dos(as) conselheiros(as) subseccionais, sendo vedadas candidaturas isoladas ou que integrem mais de uma chapa. E que se aplicam Diretorias do Conselho Federal, dos Conselhos Seccionais, das Subseções e das Caixas de Assistência e deverá incidir sobre os cargos de titulares e suplentes, se houver, salvo se o número for ímpar, quando se aplicará o percentual mais próximo a 50% (cinquenta por cento) na composição de cada gênero, e o percentual de 30% na composição de cotas raciais para advogados negros e advogadas negras.

Durante a pesquisa, ao analisar a estrutura da OAB-PR, verificou-se que por meio de comissões temáticas, há a promoção da diversidade e estudos relacionados às metas 5.1, 5.2, 5.3, 5.3.1, 5.5, 5.a (ODS 5), 8.5, 8.8 (ODS 8), 16.3, 16.5, 16.7, 16.B (ODS 16), sendo um dever das comissões temáticas estipular metas e propostas, sendo necessário que conste, ao menos uma ODS, tal dever está disciplinado no art. 26 da Resolução da Diretoria da OAB/PR nº 07/2022 de 26 de agosto de 2022.

No capítulo 2 do Código de Conduta da OAB/PR denominado 'Ambiente de Trabalho Salubre e Inclusivo, estão expostos os compromissos da instituição com a igualdade de oportunidades de trabalho para todos, independentemente de raça, gênero, crença, nacionalidade, classe social, orientação sexual e convicção política, devendo a seleção e progressão na carreira depende exclusivamente do desempenho individual, do talento, do comprometimento com os valores do grupo, da dedicação e do envolvimento de cada um (Código de Conduta, p. 10). Ao longo da pesquisa verificamos que o Código de Conduta da OAB/PR está conectado com o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 5 e suas metas, contribuindo para o desenvolvimento da diversidade, equidade e inclusão.

Por sua vez, na observação não-participante foi verificado que a estrutura física do prédio da instituição possibilita o acesso a todos aqueles que desejam ingressar no evento, independentemente se possua ou não deficiência física, assim como a existência de colaboradores disponíveis para auxiliar na realização do evento colaborando com a acessibilidade. Quando as demais formas de acessibilidades, verificou-se que a presença de intérpretes depende de requisição da Comissão que realiza o evento ao setor responsável pela autorização do evento, já a áudio descrição depende da conscientização de cada emissor da mensagem, pois, não há uma normatização da instituição sobre o uso desta forma de acessibilidade.

Também foram objetos da observação não-participante a diversidade, equidade e inclusão, sendo verificado que os(as) componentes da mesa diretiva dos trabalhos, como nos(as) palestrantes a presença da diversidade, equidade e inclusão, porém, ao observar o público presente nos eventos, verificou-se a pouca participação de homens e mulheres negras em eventos não promovidos pelas Comissões da Igualdade Racial, Comissão de Direitos Humanos e Comissão da Verdade da Escravização Negra.

Como discorrido acima, a análise de conteúdo foi organizada em três polos cronológicos (BARDIN, 2011, p. 95-101), sendo eles: Pré-análise (Primeira fase): compreendida pela (a) leitura flutuante, (b) escolhas dos documentos, (c) formulação das hipóteses e objetivos, (d) elaboração de indicadores; Exploração do material (Segunda fase): construção das operações de codificação; Tratamento dos resultados (Terceira fase): inferência e a interpretação, “consistente em captar os conteúdos manifestos e latentes contidos em todo material coletado” (SILVA; FOSSÁ, 2015 p. 4).

Conforme discorrido acima, para análise dos dados coletados foi utilizado a ‘Análise de conteúdo’ conforme aponta Bardin (2011, p. 42), procurando conhecer aquilo que está por trás das palavras dos entrevistados, tentando compreender os entrevistados no momento das entrevistas (BARDIN, 2011, p.43), por meio da análise categorial temática e indicadores que permitiram inferir o conhecimento dos entrevistados o objeto da pesquisa com a organização nas três fases, quais sejam: (1) Pré-análise: (a) leitura flutuante das entrevistas realizadas, (b) escolhas dos documentos, (c) formulação das hipóteses e objetivos, (d) elaboração de indicadores (2) Exploração do material e (3) tratamento dos resultados, inferência e interpretação.

Os dados coletados nas entrevistas foram interpretados conforme indicadores definidos na fase de pré-análise e analisados por meio da análise categorial.

Inicialmente, ao interpretar os dados das entrevistas realizadas, verificou-se a presença do primeiro e segundo indicadores (1º Indicador – Nível de conhecimento sobre diversidade e Inclusão, 2º Indicador – Nível de percepção sobre diversidade e inclusão, conforme o ponto de vista de cada entrevistado(a) na resposta ao questionamento sobre a promoção da diversidade e inclusão e a percepção sobre essas mudanças), havendo o conhecimento dos(as) entrevistados(as) sobre a promoção da diversidade, equidade e inclusão na OAB-PR, assim como a percepção de 9 (nove) dos 12 (doze) entrevistados sobre a promoção diversidade, equidade e inclusão na OAB-PR, porém, há o entendimento da necessidade de medidas que tornem mais perceptíveis as ações tomadas pela instituição para a promoção da diversidade e inclusão.

Alguns(mas) dos(as) entrevistados(as) expuseram que a percepção da diversidade, equidade e inclusão deve-se ao aumento da presença feminina nos quadros da instituição ao contrário do que ocorria anteriormente, externando que anteriormente a inclusão não era tão presente na OAB-PR, e que hoje a inclusão está mais presente, sendo demonstrada com a presença da primeira mulher na Presidência da instituição. Porém, como não se trata de posicionamento unânime, houve posicionamento de uma entrevistada no sentido de não perceber a promoção da diversidade, equidade e inclusão e que desconhece dentro da instituição a presença da diversidade e inclusão quanto a religião, raça e qualquer outro gênero por não acompanhar as atividades realizadas na OAB-PR, e em que pese o conhecimento inicialmente demonstrado pela entrevistada sobre a diversidade e inclusão, ficou evidenciada a necessidade de um conhecimento sobre letramento racial e palavras que possuem uma origem racistas, mas que são ditas normalmente na sociedade sem a consciência da origem, como por exemplo “pessoa de cor” utilizada para referir-se às pessoas pretas ou pardas.

Portanto, quanto ao primeiro indicador, verificamos que há o conhecimento dos(as) entrevistados(as) sobre a diversidade, equidade e inclusão, porém, quanto ao segundo indicador estes entendem que apesar das medidas tomadas pela instituição para a promoção da diversidade, equidade e inclusão estas ainda não são suficientes para tornarem perceptíveis ao público-alvo, o que entendemos como um dos desafios a ser enfrentado para a promoção da diversidade, equidade e inclusão.

Com relação ao terceiro Indicador (Nível de conhecimento sobre igualdade de gênero) verificou-se nas respostas ao questionamento quanto a busca da igualdade

de gênero e suas intersecções dentro da OAB-PR e se a instituição tem promovido o empoderamento das mulheres que compõem o quadro de colaboradores e advogadas, que existe o conhecimento dos entrevistados(as) sobre a promoção da igualdade de gênero realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Paraná, e que para os(as) entrevistados(as) há a intenção e uma preocupação da instituição sobre o assunto, porém, interpreta-se nas respostas que faz-se necessário aumentar essa promoção para que essas mudanças sejam significativas, mesmo havendo na instituição instrumentos normativos que tratem da paridade de gênero, na percepção dos entrevistados(as) ainda não há uma clareza sobre o que está ocorrendo.

Existem diversos meios utilizados na instituição para a promoção da diversidade e empoderamentos de advogadas e colaboradoras, seja através da realização de eventos, cursos promovidos pela Escola Superior de Advocacia e paridade de gêneros dentro dos órgãos da instituição, contribuem para a promoção da diversidade, porém, o principal fator presente nas respostas é que a representatividade em cargos de liderança, especialmente a instituição ser no triênio 2022/2024 pela primeira vez na história por uma advogada, faz com que outras(os), visualizem que também são capazes de ocupar cargos tradicionalmente ocupados por homens.

Da interpretação ao quarto indicador (Nível de conhecimento sobre as normas) verificou-se nas respostas aos quesitos que os(as) entrevistados(as) desconhecem as normas que visam promover a igualdade de gênero e coibir a discriminação com base no sexo na Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Paraná, interpretando que a falta de ciência se deve a forma de divulgação desses instrumentos normativos, pois, em que pese terem a ciência que a instituição promova palestras ou seminários sobre o tema, evidencia-se nos relatos que se faz necessária uma maior divulgação e treinamento específico. Considerando que os(as) entrevistados(as) frequentam um ambiente onde o conhecimento das normas é fundamental, extrai-se dos relatos que a ausência de conhecimento de norma interna específica é suprida pelo conhecimento de norma gerais como o Estatuto da Advocacia e o Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil.

Por meio do quinto indicador (Nível de conhecimento sobre formas de difusão diversidade e inclusão e erradicação da violência) podemos verificar o conhecimento sobre a divulgação de eventos, cursos, palestras que discutam a promoção da

diversidade e inclusão, violência e igualdade de gênero, e que as comissões da OAB-PR tem cumprido o papel de assessoria da presidência da instituição, sendo elas segundos os(as) entrevistadas as responsáveis para divulgação da diversidade e inclusão e temas que tem como objetivo discutir a violência e igualdade de gênero, principalmente por meio da Comissão da Mulher Advogada que através de publicações impressas e redes sociais levam o conhecimento aos advogados e advogadas.

A interpretação do sexto indicador (Nível de conhecimento sobre ODS 5, 8 e 16) demonstrou que há um conhecimento genérico dos entrevistados(as) sobre os ODS 5, 8 e 16 e as metas que os compõem, interpreta-se das entrevistas realizadas que na maioria dos entrevistados há um conhecimento genérico sobre os ODS, havendo um conhecimento mais específico daqueles que atuam diretamente com o tema, seja em suas atividades laborais ou como integrantes da Comissão do Pacto Global. O desconhecimento dos ODS por aqueles que integram comissões é um desafio ao bom funcionamento das comissões que integram, pois o Regimento Interno da Comissões exige que Comissões tenham como objetivo de seus trabalhos a promoção de ODS.

Após a interpretação dos resultados através dos indicadores acima descritos, passou-se a análise das categorias, quais sejam: Categoria Inicial, Categoria Intermediária, Categoria Final, onde estas serviram para responder ao problema de pesquisa, interpretando e inferindo os resultados com a finalidade de verificar a relação dos programas de *compliance* como parte da Governança Corporativa, na promoção da diversidade e inclusão na Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Paraná, considerando os ODS 5 (metas 5.1, 5.2, 5.3, 5.3.1, 5.5, 5.a), 8 (metas 8.5, 8.8) e 16 (metas 16.3, 16.5, 16.7, 16.b).

Com fundamento na primeira categoria de análise (Promoção da Diversidade e Inclusão, e os instrumentos normativos da OAB/PR), verificou-se nas entrevistas que por meio das lideranças da instituição há incentivos às ações que visam promover a diversidade, equidade e inclusão, e através dos órgãos que assessoram a presidência há realização de ações para promoção, refletido nos demais órgãos que compõe a instituição a presidência exercida pela primeira advogada eleita para o cargo.

A primeira categoria de análise guarda relação com os Princípios da Governança Corporativa citados por Alexandre di Miceli da Silveira (SILVEIRA, *apud*, CRUZ, 2022, p.67), em especial os princípios “I – Atitude e comportamento ético da

liderança: Compromisso da alta direção com a ética e integridade e disseminação da cultura de fazer o que é certo da forma certa”, “X – Diversidade, inclusão e direitos humanos: Criação de política e ações para ampliar a diversidade nos órgãos de governança e cargos de liderança”, além de guardar relação com o Princípio da Equidade (fairness), que segundo o IBGC (2015), é a “Caracterização pelo tratamento justo e igualitário de todas as partes interessadas, levando em conta direitos, deveres, necessidades, interesses e expectativas”.

Ações que buscam a promoção da diversidade, equidade e inclusão dão efetividade ao Princípio da Igualdade, direito fundamental previsto no art. 5º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o que segundo Flavia Bahia (2020, p. 72) seria a expressão do Princípio da Igualdade pelo constituinte originário que trouxe neste dispositivo constitucional as lutas históricas travadas contra a discriminação do sexo feminino, assim, homens e mulheres que se encontrarem em situação idêntica não poderão sofrer qualquer cerceamento em suas prerrogativas e nos seus deveres.

Assim, quanto a primeira categoria de análise, verificou-se na pesquisa que é por meio das Comissões, Escola Superior de Advocacia e eventos promovidos (palestras, seminários, etc.) que a promoção da diversidade, equidade e inclusão são difundidas entre o público interno e externos, demonstrando uma preocupação da instituição com o tema, porém, nas entrevistas ficou explícito que há a necessidade de uma maior divulgação e orientação quanto os instrumentos normativos da OAB-PR que visam a promoção. Apesar da necessidade de vencer o desafio do desconhecimento por parte dos(as) entrevistados(as) sobre as normas internas da OAB-PR, verificamos que ainda assim há uma percepção sobre a promoção da diversidade, equidade e inclusão dentro da instituição, assim como ações efetivas e os órgãos para realização da promoção, com a necessidade de maior divulgação dos instrumentos internos.

Ao analisar os dados coletados por meio da segunda categoria de análise (Ações Sustentáveis da OAB/PR), os(as) entrevistados(as) explicitaram que a instituição por meio de seus órgãos promove ações com a finalidade de eliminar as formas de discriminação, o que está em consonância com o ODS 5 e metas 5.1, 5.2, 5.5, 5.a, e como discorrido anteriormente com uma presença maior de mulheres nos quadros da OAB-PR e o incentivo da presidência de ações que promovam a igualdade de gênero. Havendo uma relação com o primeiro indicador do programa de

compliance (GARCIA; LIMA; KIYOHARA, 2020, p. 294/295), qual seja, o Patrocínio da alta administração para o desenvolvimento de ações voltadas a igualdade de gênero prevista no ODS 5.

A paridade de gênero implantada pela Resolução 5/2020 e que entraram em vigor para as eleições internas de 2021, determinando paridade de gênero (50%) e a política de cotas raciais para negros (pretos e pardos), no percentual de 30% nas eleições da OAB, é um marco histórico para a sociedade que tem na figura da Ordem dos Advogados do Brasil a casa da Democracia (OAB, 2020, p.1). Uma sociedade que em muitos aspectos ainda vive uma igualdade “da boca para fora”, e que nas palavras de Marmelstein (2016, p. 45) ao discorrer sobre as revoluções liberais e a primeira geração dos direitos fundamentais e a igualdade “da boca para fora”, onde destaca-se que apesar de praticamente todas as declarações de direitos proclamarem em seu texto o direito de igualdade, não havia um real interesse de garantir a isonomia para todos os seres humanos, uma igualdade meramente formal, da boca para fora, que não saía do papel, era mesmo que nada.

As ações sustentáveis da instituição são difundidas através de eventos (palestras, seminários, cursos etc.) seja por meio dos palestrantes, seja por meio da estrutura que permite a acessibilidade de quem deseja participar, como por exemplo a utilização de intérprete de libras nos eventos, porém, em que pese ter essa iniciativa, cabe a quem promove o evento a solicitação, não sendo uma ação automática do setor de eventos, e não sendo solicitado o evento proposto não terá a participação de intérprete.

Verificou-se nas entrevistas que entre as ações sustentáveis da OAB-PR a promoção de instituições eficazes também está presente na OAB-PR através da advocacia dativa, serviço prestado por advogados na ausência de Defensores Públicos Federais e Estaduais para que todos que necessitam e são hipossuficientes tenham acesso à justiça, no combate à violência de gênero e através do Código de Conduta, o que seria um exemplo de inclusão no acesso à justiça com fundamento no art. 133, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Além da inclusão dos necessitados no acesso à justiça, devemos observar a diversidade, equidade e inclusão no exercício profissional da advocacia, onde nas palavras de Allana de Moraes e Alves e Rafaela Amâncio Armacollo, (2021, p. 42), ao discorrerem sobre a participação feminina na atualidade, nos ensinam que apesar de os números na advocacia mostrarem que a participação feminina é quase igual à

masculina, as mulheres encontram desafios em busca de igualdade, principalmente devido a desigualdade salarial gerada em decorrência do preconceito com a maternidade. Ressaltando as escritoras que no âmbito da advocacia o Estatuto da Advocacia prevê direitos e garantias da advogada gestante, lactante ou adotante, além do respeito às prerrogativas trabalhistas da advogada empregada.

Verifica-se na categoria analisada – Ações Sustentáveis da OAB/PR – que por meio de seus órgãos a instituição busca a concretização dos ODS 5, 8 e 16, estando estes relacionados com a Governança Corporativa e o Programa de *Compliance*, havendo nas entrevistas coletadas a percepção dessas práticas na estrutura OAB-PR, em que pese a necessidade de uma maior difusão das normas internas que disciplinam o tema.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como discorrido na introdução, a diversidade, equidade e inclusão são decisivas para promoção de um Brasil sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, pois constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

A análise dos dados secundários colhidos na pesquisa, qual seja, os documentos da internos da instituição como o programa de integridade da instituição e seus instrumentos normativos, Código de Conduta da OAB-PR e a Resolução do Conselho Seccional nº 04/2022 da OAB-PR, verificou-se que há nas instruções normativas um compromisso da instituição com a ética e o fortalecimento de ações que promovam a diversidade, equidade e inclusão.

O Código de Conduta traz em seu texto as condutas que são esperadas daqueles que contribuem para o desenvolvimento das atividades da instituição, guardando relação com os ODS 5 e promovendo a diversidade, equidade e inclusão. Porém, em que pese haver a divulgação do instrumento normativo nos canais de comunicação da instituição, os(as) entrevistados(as) manifestaram desconhecer o Código de Conduta, o que demonstra a necessidade de uma maior divulgação do Código de Conduta entre advogados e colaboradores.

Na observação não-participante, demonstrou-se que todos os eventos promovidos pelas Comissões tiveram a indicação de quais Objetivos de Desenvolvimento Sustentável estavam inseridos no tema do evento, cumprindo o disposto no Regimento Interno das Comissões, possuindo à acessibilidade da

estrutura física da sede da instituição e a presença de colaboradores que possibilitam o acesso a todos aqueles que desejam ingressar no evento, assim a áudio descrição para compreensão de imagens, mais conhecida como 'PraTodosVerem' e a presença de intérprete de LIBRAS, este ainda necessitando de regulamentação que torne obrigatória sua participação, pois estando condicionada a requisição da Comissão que realiza o evento ao setor responsável pela autorização do evento, é um obstáculo para acessibilidade, devendo ser requisito obrigatório em todos os eventos. Da mesma forma a realização de áudio descrição, devendo fazer parte do cerimonial de cada evento, havendo normatização da instituição para que o emissor da mensagem sempre inclua aqueles(as) que necessitam.

Nos eventos observados durante a pesquisa verificamos a presença da diversidade, equidade e inclusão nos(as) componentes da mesa diretiva dos trabalhos e palestrantes, porém, pouca participação de homens e mulheres negras no público em eventos não promovidos pelas Comissões da Igualdade Racial, Direitos Humanos e da Verdade da Escravização Negra.

Através dos dados coletados nas entrevistas, verificamos que por meio das Comissões, a instituição promove a diversidade, equidade e inclusão, desenvolvendo eventos, palestras e cursos destinados ao público interno e externo. Havendo um arcabouço jurídico interno do programa de integridade que baliza as ações dos stakeholders, em que pese o desconhecimento dos entrevistados, necessitando uma maior divulgação desses instrumentos. O desconhecimento dos instrumentos normativos pelos entrevistados não impede que estes ajam conforme as normas estabelecidas, devendo-se isso ao conhecimento de instrumentos normativos que norteiam a conduta ética dos advogados(as).

Ao final da pesquisa, verificou-se a necessidade de maior divulgação dos instrumentos normativos e da promoção da diversidade, equidade e inclusão justificando a realização de seminários, palestras ou cursos com a participação de expositores especialistas nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e Diversidade, Equidade e Inclusão, e assim contribuir que o conhecimento sobre os instrumentos normativos e a diversidade, equidade e inclusão deixe de ser genérico e passe a ser específico na medida em que seja exposto.

O objetivo da pesquisa que deu origem a este artigo era verificar a relação dos programas de *compliance*, como princípio da Governança Corporativa, na promoção da diversidade, equidade e inclusão necessárias para contribuir com os Objetivos de



Desenvolvimento de Sustentável 5, 8 e 16, e ao final da pesquisa chegou-se a conclusão que através de um arcabouço jurídico interno que possibilita o desenvolvimento dos trabalhos internos alinhados com os Princípios Fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, e consequentemente contribuindo para a promoção dos Objetivos de Desenvolvimento de Sustentável 5, 8 e 16, existe uma relação da Governança na Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Paraná com a promoção da diversidade, equidade e inclusão.

REFERÊNCIAS

BAHIA, F. Direito Constitucional. 4. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

BARDIN, L. Análise de conteúdo. Lisboa: Edições 70, 2011.

BENEDETTI, C. R. Criminal *Compliance* : Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal. São Paulo: Quartier Letin, 2014.

BEZERRA, F. W. C.; LIMA, D. F.; OLIVEIRA, F. P. de; LEMOS, P. B. S.; MUNIZ, C. A.; PAIVA, R. F. de. Diversity management in organizations: a brief bibliographic review. *Research, Society and Development*, [S. l.], v. 11, n. 11, p. e428111133610, 2022. DOI: 10.33448/rsd-v11i11.33610. Disponível em: <<https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/33610>>. Acesso em: 15 sep. 2022.

BRASIL, Constituição da República Federativa do, Planalto.gov.br, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 maio 2022.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Planalto.gov.br, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 maio 2022.

BRASIL, Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, Planalto.gov.br, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 26 maio 2022.

BRASIL, Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, Planalto.gov.br, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 26 maio 2022.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Planalto.gov.br, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 26 maio 2022.

COMISSÕES DA OABPR. Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Paraná. Disponível em: <<https://www.oabpr.org.br/comissoes/>>. Acesso em: 9 mar. 2023.

CRUZ, A. Introdução ao ESG: meio ambiente, social e governança corporativa. 1. ed. – São Paulo: Scortecci 2021.

DA CRUZ, N. G et al. Desigualdade de gênero em empresas de auditoria externa. *Revista Contabilidade, Gestão e Governança*, v. 21, n. 1, p. 142-159, 2018.



DO PRADO GONÇALVES, E. B et al. Gestão da diversidade: um estudo de gênero e raça em grandes empresas brasileiras. Enfoque: Reflexão Contábil, v. 35, n. 1, p. 95-112, 2016.

FLEURY, M. T. L. Gerenciando a Diversidade Cultural: experiências de empresas brasileiras. RAE -Revista de Administração de Empresas 2000. 40(3), 18-25. <<https://www.scielo.br/j/rae/a/YqBJ94QnWgPFBRcD7FJHnQj/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em 2 nov. 2023.

GOMES, S., Augusto, C., Lopes, M., & Ribeiro, V. (2008). A gestão da diversidade em pequenas e médias empresas europeias. Coimbra: Respons&Ability.

IBGC - INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, Código das melhores práticas de governança corporativa, ibgc.org.br, disponível em: <<https://conhecimento.ibgc.org.br/Paginas/Publicacao.aspx?PubId=21138>>, acesso em: 7 Ago. 2021.

INSTITUTO ETHOS. Como as empresas podem (e devem) valorizar a diversidade. São Paulo: Ethos, 2002.

MOTA, R. [et. al.]. Diversidade, Equidade e Inclusão: tornar simples o que parece complexo. Editora Haikai, 2022

ODS 16 - Paz, Justiça e Instituições Eficazes - Ipea - Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, ipea.gov.br, disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/ods/ods16.html>>, acesso em: 8 Ago. 2021.

ODS, As Nações Unidas em Brasil, disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>>, Acesso em: 15 Mar. 2022.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL CONSELHO SECCIONAL DO PARANÁ REGULAMENTO DA ADVOCACIA DATIVA. Disponível em: <<https://advocaciadativa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2023/01/2022-12-20-regulamento-da-advocacia-dativa.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2023.

OAB. Ordem dos Advogados do Brasil - Conselho Federal. [Oab.org.br](http://oab.org.br). Disponível em: <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/resolucoes/52020?search=%2005%2F2020&resolucoes=True>>. Acesso em: 8 mar. 2023.

OAB. Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Paraná. Resolução do Conselho Seccional nº 17/2021 – Anexo I. Disponível em: <<https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2021/08/2021-n-17-resolucao-do-conselho.pdf>>. Acesso em: 8 mar. 2023.



_____. Resolução do Conselho Seccional nº 04/2022. Disponível em: <<https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2022/02/2022-n-04-resolucao-do-conselho.pdf>>. Acesso em: 8 mar. 2023.

_____. Comissões da OAB/PR. Resolução do Conselho Seccional nº 07/2022 Disponível em: <<https://www.oabpr.org.br/comissoes/>>. Acesso em: 9 mar. 2023.

MULHERES ADVOGADAS DO PARANÁ: O DIREITO POR VOZES FEMININAS/Coordenado por Marilena Winter, Mariana Lopes da Silva – Curitiba: OABPR. 2021. (Coleção Comissões)

PASSERINO, L. M.; MONTARDO, S. P. Inclusão social via acessibilidade digital: Proposta de inclusão digital para Pessoas com Necessidades Especiais. Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação. Abr. 2007. Disponível em: <<https://www.e-compos.org.br/e-compos/article/view/144>> Acesso em: 09 nov. 2023.

SILVA, J. T. et al. Pilares da diversidade e inclusão em uma multinacional. Revista de Carreiras e Pessoas, v. 10, n. 1, 2020.

SILVA, A. H.; FOSSÁ, M. I. T. Análise de conteúdo: exemplo de aplicação da técnica para análise de dados qualitativos. Qualit@s, v. 17, n. 1, 2015.

VOJVODIC, Adriana et al. Diversidade e inclusão em empresas, governos e organizações (Série Universitária). 1. ed. (Edição do Kindle). São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2022.

O IMPACTO DA PANDEMIA NA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EM PORTUGAL

THE IMPACT OF THE PANDEMIC ON THE EXECUTION OF ADMINISTRATIVE CONTRACTS IN PORTUGAL

Marisa da Graça Morais Vieira¹

Patrícia Anjos Azevedo²

Resumo: O Direito Administrativo, como ramo de direito público, caracteriza-se por se verificar a superioridade de um dos sujeitos da relação jurídica, que atua provido de ius imperii, tendo como objetivo essencial a prossecução do interesse público. Não obstante a dificuldade e demora na sua aceitação, o certo é que o contrato administrativo tem vindo a adquirir uma importância crescente, tratando-se de um dos modos de exercício da atividade administrativa, a par do ato administrativo e do regulamento, cada vez mais utilizado pela Administração na prossecução dos interesses públicos que lhe incumbem promover e ainda para a satisfação das suas necessidades de funcionamento, sendo indiscutível a sua relevância. Para a prossecução do interesse público, o direito público reconhece às entidades públicas poderes estritamente indispensáveis, bem como vinculações para o exercício desses mesmos poderes. O regime jurídico português do contrato administrativo caracteriza-se por conferir ao contraente público uma posição de supremacia jurídica sobre o seu cocontratante, ficando o contraente público investido de poderes de autoridade que desequilibram as posições em que as partes se colocam. A Pandemia do Covid-19 veio trazer algumas circunstâncias, neste contexto, que são dignas de cuidada análise jurídica.

Palavras-Chave: pandemia; contratos administrativos; urgência; necessidade pública.

Abstract: Administrative Law, as a branch of public law, is characterized by verifying the superiority of one of the subjects of the legal relationship, who acts with ius imperii, with the essential objective of pursuing the public interest. Despite the difficulty and delay in its acceptance, the truth is that the administrative contract has been gaining increasing importance, as it is one of the ways in which administrative activity is carried out, alongside administrative acts and regulations, increasingly used by the Administration in the pursuit of the public interests that it is responsible for promoting and also to satisfy its operational needs, its relevance being indisputable. In order to pursue the public interest, public law recognizes public entities as having strictly indispensable powers, as well as obligations for the exercise of these same powers. The Portuguese legal regime for administrative contracts is characterized by granting the public contractor a position of legal supremacy over his co-contractor, with the public contractor being invested with powers of authority that unbalance the positions in which the parties place themselves. The Covid-19 Pandemic brought some circumstances, in this context, that are worthy of careful legal analysis.

Keywords: pandemic; administrative contracts; urgency; public need.

¹ Mestre em Solicitoria pela Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico do Porto.

² Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Professora Adjunta na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico do Porto.



1. INTRODUÇÃO: OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A figura do contrato tem na sua génese uma ideia de liberdade e autonomia negocial na criação de obrigações jurídicas, caracterizando-se por se tratar de um instrumento de natureza consensual e pactuada, em respeito pelo princípio da igualdade contratual e pelo princípio *pacta sunt servanda*.

Esta figura constitui o modelo de vinculação próprio do direito privado.

Contudo, e apesar das reservas iniciais, esta figura também se encontra, atualmente, prevista no âmbito do Direito Administrativo.

Tratou-se, indubitavelmente, de um grande e lento passo, uma vez que eram muitas as resistências ao aparecimento desta figura, neste âmbito.

A unilateralidade e a imposição caracterizavam, de forma diferenciadora, a atividade administrativa e, para muitos, não se coadunavam com um instrumento de natureza contratual.

Não obstante a dificuldade e demora na sua aceitação, o certo é que o contrato administrativo tem vindo a adquirir uma importância crescente, tratando-se de um dos modos de exercício da atividade administrativa, a par do ato administrativo e do regulamento, cada vez mais utilizado pela Administração na prossecução dos interesses públicos que lhe incumbem promover e ainda para a satisfação das suas necessidades de funcionamento, sendo indiscutível a sua relevância.

O Direito Administrativo, como ramo de direito público, caracteriza-se por se verificar a superioridade de um dos sujeitos da relação jurídica, que atua provido de *ius imperii*, tendo como objetivo essencial a prossecução do interesse público³. Para a prossecução do interesse público, o direito público reconhece às entidades públicas poderes estritamente indispensáveis, bem como vinculações para o exercício desses mesmos poderes.

Ora, ao passo que o direito privado reconhece a todas as pessoas a mesma capacidade jurídica e lhes confere em geral igual tratamento, em respeito pelo

³ Nas palavras de Sérvulo Correia, “A prossecução do interesse público é o objetivo constante da atividade administrativa, seja qual for o perfil que esta assuma: trata-se de um imperativo indissociavelmente ligado à lógica do fenómeno estadual e expressamente reconhecido no artigo 266.º n.º 1 da Constituição”. - CORREIA, Sérvulo – Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos. Edições Almedina, S.A., 2020, p. 591.

princípio da igualdade, o direito público confere às entidades públicas poderes de autoridade⁴ sobre os sujeitos privados ou outras entidades públicas⁵.

Tal como refere Patrícia Anjos Azevedo, “(...) o Direito Público é, assim, um Direito autónomo relativamente ao Direito Privado e permite que as pessoas coletivas públicas determinem poderes de autoridade, impondo-lhes deveres especiais de atuação, precisamente tendo em vista a prossecução de interesses públicos”⁶.

O regime jurídico português caracteriza-se, assim, por conferir ao contraente público uma posição de supremacia jurídica sobre o seu cocontratante, ficando o contraente público investido de poderes de autoridade que desequilibram as posições em que as partes se colocam.

A Pandemia do Covid-19 veio trazer algumas circunstâncias nunca antes vivenciadas e que se repercutiram, entre outras áreas, na execução dos contratos administrativos, o que é relevante aqui analisar.

2. OS EFEITOS DA PANDEMIA NA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A rápida evolução da crise de saúde pública originada pela Covid-19 colocou inúmeros desafios jurídicos, quer ao nível nacional, quer ao nível internacional, tendo produzido um enorme impacto em todos os domínios da vida social e económica⁷. A Pandemia afigurou-se mesmo um dos maiores desafios vividos nas últimas décadas.

Como afirma Pedro Lomba, “Não há dúvida de que a crise sanitária causada pela pandemia da Covid-19 fez surgir, no decurso dos últimos meses, um direito de

⁴ Os habitualmente denominados poderes exorbitantes de que a Administração dispõe e exerce sobre o contrato administrativo representam o exercício de uma autoridade. Autoridade porque provém da Administração e unilaterais porque não têm como fonte o contrato, mas sim a lei, concretizando-se em atos administrativos.

⁵ Como afirma Francisco Ferreira de Almeida, “(...) o direito privado regula aquelas relações jurídicas cujos sujeitos se encontram numa posição paritária ou de igualdade (...), enquanto o direito público disciplina as relações em que um dos sujeitos, achando-se investido de poderes de autoridade (jus imperi), está, perante o outro, numa posição de supremacia”. – Cfr. ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de – Direito Administrativo. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2020, p. 10.

⁶ AZEVEDO, Patrícia Anjos – Lições de Direito Administrativo. Vila Nova de Gaia: Primeira Edição Editora, 2020, p. 32.

⁷ Acerca das implicações da pandemia em matéria de Direito Público, vide CARVALHO, Proença & MENÉNDEZ, Uría - Guia de questões jurídicas relativas à crise sanitária COVID-19, 2020, pp. 136 a 144.

emergência assente em intervenções fortemente restritivas nos direitos dos cidadãos”⁸.

No início do ano de 2020, fomos confrontados com a obrigatoriedade de nos mantermos em confinamento. Em consequência, um grande número de estabelecimentos abertos ao público teve que encerrar, mantendo-se abertos, essencialmente, os estabelecimentos de bens essenciais. A propagação do vírus foi tão rápida e inesperada que os serviços de saúde não estavam a conseguir dar resposta. A pandemia e o confinamento paralisaram as nossas vidas, foi sem dúvida um grande choque para o qual ninguém estava preparado.

Gradualmente, e em resultado de uma taxa de transmissão mais controlada, foi possível reabrir a atividade económica.

A aludida retoma causou um aumento significativo do número de infetados e, consequentemente obrigou a novos confinamentos parciais ou totais, bem como a novas medidas restritivas.

Obviamente que todas as medidas restritivas e confinamentos obrigatórios têm repercussões na nossa vida social e económica.

Numa primeira fase, tiveram um impacto mais direto nos setores da restauração, comércio, serviços e turismo.

Muitos operadores económicos viram os seus colaboradores a ficarem impedidos de trabalhar, seja por motivo de doença, seja por quarentena ou mesmo por motivo de necessidade de prestar apoio a um familiar.

Naturalmente que os contratos administrativos não ficaram alheios aos efeitos desta crise de saúde pública, mas em que medida foram afetados e que normas legais se aplicavam?

As partes, que assumiram de boa fé, obrigações, em inúmeros contratos de execução duradoura, depararam-se com dificuldades que jamais imaginavam, designadamente, incapacidade de produção e atrasos nas entregas de mercadorias, circunstâncias estas que se mantiveram durante meses e, algumas, culminaram com a impossibilidade de cumprimento.

De facto, como consequência da adoção de medidas restritivas, designadamente medidas que limitam a circulação, que têm como principal objetivo

⁸ LOMBA, Pedro – Constituição, Estado de Emergência e Administração Sanitária: Alguns Problemas. In Estado de Exceção e Crise Epidémica. E-Pública Revista Eletrónica de Direito Público, Vol. 7, n.º 1, 2020, p. 36.

conter a propagação do vírus, em muitos casos, ocorreu uma impossibilidade de execução de determinadas prestações por parte dos contraentes privados ou atraso na sua execução.

Como constata Ana Taveira da Fonseca, a “(...) questão que cedo se colocou foi a de saber se e em que medida é que os devedores continuariam, neste contexto, obrigados a cumprir obrigações constituídas antes da pandemia”⁹.

Regra geral, o cocontratante está obrigado a cumprir as obrigações assumidas no contrato, sendo responsável no caso de faltar ao cumprimento contratual¹⁰. A questão que aqui se coloca é se os efeitos da pandemia e das medidas restritivas decretadas podem constituir fundamento para que os cocontratantes deixem de estar obrigados a cumprir com as obrigações assumidas no contrato.

De facto, em consequência da pandemia e das correspondentes medidas restritivas, alguns cocontratantes deixaram de ter condições para cumprir com as obrigações assumidas nos contratos administrativos, tendo provocado atrasos na execução das prestações acordadas, designadamente, atraso na conclusão de obras ou fornecimento de bens. Pense-se, por exemplo, na realização de uma determinada empreitada ou a prestação de um determinado serviço que exige, de modo insubstituível, certos bens cuja obtenção se afigurava impossível, por força das restrições à circulação internacional ou dos condicionamentos na produção em diferentes países.

À luz do artigo 297.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), as situações que constituam causa de impossibilidade temporária de cumprimento do contrato, permitem a suspensão da “execução das prestações que constituem o objeto do contrato”, podendo ainda sustentar-se que, no caso de a impossibilidade ser definitiva, a obrigação se deverá considerar extinta por força do disposto no artigo 325.º n.º 1 do CCP, conjugado com o artigo 790.º n.º 1 do CC¹¹. Se o contrato administrativo em causa não tiver uma regulação específica sobre estas situações, essa exoneração da responsabilidade do devedor resultará da aplicação do regime da impossibilidade de cumprimento temporária não imputável ao devedor previsto no artigo 792.º n.º 2 do

⁹ MALHEIRO, Gonçalo; e XAVIER, Luís Barreto [Coordenação] – Contratos e Pandemia. In FONSECA, Ana Taveira da (dir. de) – Pandemia de COVID-19 e riscos próprios do contrato. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2021, p. 14.

¹⁰ BRITO, Lorena Brito - Impacto da pandemia Covid-19 na execução dos contratos administrativos. In Revista de Contratos Públicos n.º 24. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2020, p. 251.

¹¹ BRITO, Lorena Brito - Impacto da pandemia Covid-19 na execução dos contratos administrativos. In Revista de Contratos Públicos n.º 24. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2020, p. 254.

CC¹², aplicável aos contratos administrativos por força da remissão constante do n.º 4 do artigo 280.º do CCP, na medida em que inexistia neste Código uma disciplina própria para estas situações.

Entendemos que a pandemia Covid-19 é suscetível de ser qualificada como uma causa de impossibilidade de cumprimento, ou como caso de força maior¹³. Aliás, o próprio legislador estabeleceu de forma clara no artigo 8.º do DL n.º 19-A/2020, de 30 de abril, que a pandemia Covid-19 constitui “causa de força maior”.

O caso de força maior pode ser temporário ou definitivo, consoante a prestação contratual esteja temporariamente impossibilitada ou definitivamente inviabilizada. Por outro lado, pode ser total ou parcial, consoante esteja comprometida a integralidade ou apenas uma parte das prestações contratuais que conformam o objeto contratual.

Os efeitos da pandemia não se fizeram sentir da mesma forma e com a mesma intensidade em todos os setores de atividade, nem de forma homogénea por todo o país, pelo que, para podermos avaliar se as obrigações dos cocontratantes de um determinado contrato se tornaram ou não impossíveis devido à pandemia ou às medidas restritivas impostas em virtude da mesma, temos que verificar as circunstâncias concretas do contrato em causa, requerendo uma análise caso a caso¹⁴.

Na eventualidade de se concluir que a pandemia constitui, no caso em concreto, uma causa de impossibilidade de cumprimento ou um caso de força maior, estamos perante um acontecimento externo às partes, imprevisível e inevitável que impossibilita o cumprimento da obrigação constante do contrato¹⁵, podendo levar:

¹² A propósito do regime previsto nos artigos 790.º a 795.º do CC, vide GODINHO, Inês Fernandes; e CASTRO, Miguel Osório de (Editores) – Covid 19 e o Direito. In Miguel Osório de Castro (dir. de) - Impacto das Medidas de Combate ao Coronavírus (Sars-Cov-2) no Cumprimento dos Contratos. Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 2020, pp.11 a 23.

¹³ Desde que se demonstre uma relação de causalidade entre a Pandemia e a impossibilidade de cumprir os prazos estabelecidos, bem como a impossibilidade ou inexigibilidade de adoção de medidas alternativas, ou a insuficiência destas, e sempre sem prejuízo do dever de informação da contraparte.

¹⁴ Neste sentido, vide BRITO, Lorena Brito - Impacto da pandemia Covid-19 na execução dos contratos administrativos. In Revista de Contratos Públicos n.º 24. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2020, pp. 261 e 262.

¹⁵ Sobre o assunto, ver, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14/06/2017, proc. n.º 163/09.0TTLSB-A.L1-4, relator: José Feteira, disponível em <http://www.dgsi.pt>:

“I- A alteração anormal das circunstâncias, na abrangência do artigo 437º n.º 1 do Código Civil, corresponde a uma modificação insólita ou inabitual da base negocial em que as partes tenham fundado a celebração do contrato, sendo que essa base negocial, no domínio da alteração das circunstâncias, assume carácter objetivo e deve respeitar simultaneamente a ambos os contraentes; II-Essa alteração deve, por outro lado, ser significativa, ou seja, deve assumir proporções tais que subvertam a própria economia do contrato, tornando-o lesivo para uma das partes contratantes ao ponto de, caso o contrato se mantenha nos termos em que foi celebrado, a exigência das obrigações por ela assumidas, sem se mostrar coberta pelos riscos próprios do contrato, afete gravemente os princípios da boa-fé; III- A

(i) à suspensão do cumprimento das obrigações afetadas pela pandemia, nos casos em que ainda existe possibilidade de se retomar, em momento posterior, a execução do contrato;

(ii) à irresponsabilidade do cocontratante pelas consequências da mora no cumprimento das obrigações, afastando o poder de o contraente público aplicar sanções por incumprimento (artigos 329.º e 403.º do CCP) ou a resolução sancionatória (artigo 333.º n.º 1 alínea a) CCP); e

(iii) à extinção das obrigações cujo cumprimento não é possível ou do contrato no seu todo, nos casos em que não existe possibilidade de se retomar, em momento posterior, a execução do contrato (artigo 325.º n.º 1 do CCP)¹⁶.

Resulta do próprio artigo 297.º alínea a) do CCP que “a execução das prestações que constituem o objeto do contrato pode ser, total ou parcialmente suspensa” quando se verifique a impossibilidade temporária de cumprimento do contrato.

É possível que, em determinados casos, se possa concluir que a pandemia e as medidas restritivas dela resultantes constituem uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar¹⁷. Nesse caso, essas situações podem ser enquadráveis na designada “alteração anormal e imprevisível” das circunstâncias¹⁸, a qual constitui fundamento para a modificação dos contratos administrativos, nos termos do artigo 312.º alínea b) do CCP.

Assim, entendendo uma das partes que a pandemia constitui uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, poderá tentar acordar com a outra parte

resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias depende, portanto, da verificação dos seguintes requisitos cumulativos: – (i) que haja uma alteração relevante das circunstâncias em que as partes tenham fundado a decisão de contratar, ou seja, que essas circunstâncias se hajam modificado de forma anormal e que; – (ii) a exigência da obrigação da parte lesada afete gravemente os princípios da boa-fé contratual, não estando cobertos pelos riscos do próprio negócio.”

¹⁶ BRITO, Lorena Brito - Impacto da pandemia Covid-19 na execução dos contratos administrativos. In Revista de Contratos Públicos n.º 24. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2020, p. 262. A propósito da impossibilidade, cfr. CARMONA, Mafalda – Reflexões em torno da impossibilidade definitiva na execução dos contratos administrativos. In e-pública – Revista Eletrónica de Direito Público, Vol. 7 n.º 3, 2020, pp. 99 e seguintes.

¹⁷ A título meramente exemplificativo, essas circunstâncias podem respeitar à disponibilidade de determinados colaboradores do cocontratante que, entretanto, ficaram impedidos de trabalhar e à dificuldade de o cocontratante obter determinados materiais ou equipamentos dentro de um certo prazo ou dentro de intervalos de preço que, entretanto, se revelaram inviáveis por causa da pandemia.

¹⁸ O preenchimento deste requisito depende do exato momento em que o contrato foi celebrado. Neste sentido, cfr. CORDEIRO, A. Barreto Menezes Cordeiro – Artigo 437.º (Condições de Admissibilidade). In Novo Coronavírus e Crise Contratual Anotação ao Código Civil. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 66.

uma modificação do contrato, ou, não sendo esse acordo possível, promover uma ação judicial ou arbitral para obter a modificação pretendida.

Como sabemos, a modificação do contrato pode ainda ter como fundamento “Razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes”, nos termos da alínea c) do artigo 312.º do CCP, constituindo esta uma prerrogativa de autoridade do contraente público, como já vimos, sendo imposta ao cocontratante através de ato administrativo, dispensando o acordo entre as partes.

À luz do disposto neste preceito legal, o contraente público tem a possibilidade de, através do seu poder de modificação unilateral, decidir modificar um contrato no caso de concluir que a pandemia, “(...) ainda que, no caso em concreto, possa não constituir uma alteração anormal e imprevisível (nomeadamente, atendendo ao momento em que o contrato foi celebrado), possa ainda assim constituir uma circunstância nova que exige uma adaptação do contrato por motivos de interesse público (sob pena de, se o contrato não for ajustado à nova realidade, a necessidade pública subjacente à decisão de contratar poder vir a não ser satisfeita)”¹⁹.

Assim, entendemos que o contraente público pode lançar mão do seu poder de conformação da relação contratual, devendo ser ponderadas as situações caso a caso, obviamente, e apenas por motivo de interesse público.

Em consequência das modificações objetivas ao contrato forçadas pela pandemia, pode o contraente privado, em regra, obter uma compensação financeira segundo critérios de equidade, nos termos do artigo 314.º n.º 2 do CCP. Esta compensação não se destina necessariamente a ressarcir de forma integral todos os danos causados pelo evento danoso, colocando o cocontratante na posição em que este estaria se a pandemia não tivesse ocorrido, de acordo com o critério do artigo 562.º do CC, mas principalmente a repartir os efeitos desse evento de forma equitativa e a impedir que os mesmos sejam suportados apenas por um dos contraentes, conforme prevê o artigo. Na generalidade dos casos, a pandemia não confere o direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato, na medida em que, na maioria das situações, os efeitos adversos sobre a execução contratual não resultam de uma decisão do próprio contraente público, nem de uma modificação contratual motivada

¹⁹ Neste sentido, vide BRITO, Lorena Brito - Impacto da pandemia Covid-19 na execução dos contratos administrativos. In Revista de Contratos Públicos n.º 24. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2020, p. 267.

por interesse público, mas sim por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias²⁰.

Contudo, caso a decisão decorra do contraente público por considerar que a pandemia exige uma adaptação do contrato por motivos de interesse público, o cocontratante tem direito à reposição do equilíbrio financeiro, nos termos do artigo 282.º, segundo o disposto no artigo 314.º n.º 1 alínea b) do CCP.

Cumprido, neste contexto, fazer referência ao DL n.º 19-A/2020, de 30 de abril, o qual veio estabelecer um regime excecional de reposição do equilíbrio financeiro dos contratos de execução duradoura em que o Estado ou outra entidade pública sejam parte, incluindo as parcerias público-privadas e um regime excecional de limitação da responsabilidade extracontratual do Estado.

Este diploma legal veio determinar a suspensão das cláusulas contratuais e disposições normativas que preveem o direito à reposição do equilíbrio financeiro ou compensação por quebras de utilização, entre o dia 3 de abril (início do período de vigência da primeira renovação do estado de emergência) e o dia 2 de maio (termo da vigência do estado de emergência).

No que concerne aos factos ocorridos após o termo do estado de emergência, e caso os seus contratos prevejam expressamente o direito a compensação por quebra de utilização ou caso a ocorrência de uma pandemia constitua fundamento do direito à reposição do equilíbrio financeiro dos seus contratos, os contraentes privados poderão exercer esses direitos.

No entanto, o DL 19-A/2020 veio determinar que a eventual compensação ou reposição só poderá ser realizada através de prorrogação do prazo de execução das prestações ou do prazo da vigência do contrato, visando eliminar o eventual direito dos contraentes privados à revisão de preços ou a outras prestações, nomeadamente financeiras.

Por fim, a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias originada pela Covid-19 pode mesmo gerar a resolução dos contratos nas situações de impossibilidade definitiva de cumprimento do contrato e, consequentemente, desencadear o direito do cocontratante resolver judicialmente o contrato, (cfr. n.º 1 alínea a) e n.º 2 do artigo 332.º) e de o contraente público também o fazer (cfr. n.º 1

²⁰ A propósito da reposição do equilíbrio financeiro e da compensação financeira, cfr. BRITO, Lorena Brito - Impacto da pandemia Covid-19 na execução dos contratos administrativos. In Revista de Contratos Públicos n.º 24. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2020, pp. 269 a 274.

do artigo 335.º do CCP). O contraente público pode também decidir resolver unilateralmente o contrato por razões de interesse público, como medida de *ultima ratio*, nos termos previstos no artigo 334.º do CCP.

3. O IMPACTO DA PANDEMIA NA CELEBRAÇÃO DE NOVOS CONTRATOS

A aludida crise e situação de emergência deu origem, de imediato, à aprovação de regimes excepcionais de contratação pública.

Do ponto de vista do direito dos contratos públicos, a reação à emergência fez-se consagrando soluções específicas, que se afastam, em alguns casos de modo muito significativo, do regime geral da contratação pública.

De sublinhar que esses regimes excepcionais têm um âmbito de aplicação bastante amplo, tendo sido intensamente utilizados.

No que respeita aos novos contratos, os procedimentos pré-contratuais chegaram a estar suspensos, atenta a suspensão dos respetivos prazos (desde 12 de março de 2020) por determinação da alínea c) do n.º 6 do artigo 7.º da Lei n.º 1-A/2020, de 20 de março, em conjugação com o seu n.º 1.

De salientar que surgiu um regime especial e excepcional de contratação pública para contratos que tenham um objeto relacionado com a “prevenção, contenção, mitigação e tratamento de infeção epidemiológica por COVID -19, bem como à reposição da normalidade em sequência da mesma”, conforme resulta do artigo 1.º n.º 2 do DL n.º 10-A/2020.

Ora, devido à rápida propagação do vírus Covid-19, foi necessário proceder ao reforço, com caráter de urgência, de vários meios do Serviço Nacional de Saúde, desde meios tecnológicos, farmacológicos, equipamentos de proteção individual, designadamente, dispositivos médicos, ventiladores e máscaras cirúrgicas.

Este reforço era indispensável à saúde pública da população. Nesse sentido, logo que a pandemia chegou a Portugal, desde 1 de março de 2020, foram celebrados diversos contratos públicos através do procedimento de ajuste direto (modelo de contratação mais utilizado) e alguns de consulta prévia²¹.

²¹ Esta possibilidade resulta do disposto no artigo 24.º alínea c) do CCP, de acordo com o qual, pode adotar-se o ajuste direto “Na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante”, desde que, “não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante”. De sublinhar que é o próprio DL n.º 10-A/2020 que nos remete para a alínea c) do artigo 24.º do CCP, solução esta com a qual concordamos. A propósito do conflito existente entre a CRP e o Direito Europeu na adoção de procedimentos não

Terão sido estes os procedimentos mais adequados?

Por forma a facilitar o recurso ao procedimento de ajuste direto²², o DL n.º 10-A/2020²³, alterado pela Lei 4-A/2020, prevê um conjunto de exceções ao regime do CCP, reconhecendo que a pandemia de Covid-19 constitui um acontecimento imprevisível, permitindo, assim, todas as entidades adjudicantes, a optarem pelo procedimento de ajuste direto para a celebração de contratos de empreitada de obras públicas, de contratos de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa²⁴.

Os contratos celebrados na sequência de ajuste direto podem produzir todos os seus efeitos logo após a adjudicação, sem prejuízo da respetiva publicitação. O DL permite ainda a possibilidade de as entidades adjudicantes recorrerem ao ajuste direto simplificado (adjudicação contra a assinatura de fatura) para a formação de contratos de aquisição ou locação de bens móveis e de aquisição de serviços, cujo preço contratual não seja superior a vinte mil euros²⁵.

Por último, ao abrigo deste DL, a entidade adjudicante pode dispensar o adjudicatário de apresentar os documentos de habilitação referidos no n.º 1 do artigo 81.º do CCP e pode dispensar a prestação de caução, independentemente do preço contratual.

O DL n.º 18/2020 de 23 de abril, veio aditar ao DL n.º 10-A/2020 um regime excecional de ajuste direto simplificado, previsto no artigo 2.º-A, por forma a simplificar o recurso a este procedimento. De acordo com este artigo, o procedimento de ajuste direto simplificado pode ser, excecionalmente, adotado:

concorrenciais, em especial, o caso da “urgência imperiosa”, cfr. SÁNCHEZ, Pedro Fernández – Estudos Sobre Contratos Públicos. Lisboa: AAFDL EDITORA, 2019, pp. 221 a 230.

²² Para maiores desenvolvimentos, vide AZEVEDO, Bernardo Almeida, DURO, Joana, MOREIRA, José Azevedo e GONÇALVES, Pedro Costa - XV. Contratação Pública - Um Novo Tempo. Uma Nova Missão. Implicações Jurídicas do Novo Coronavírus, 2020.

²³ Para maiores desenvolvimentos sobre o regime excecional de contratação pública do DL n.º 10-A/2020 vide RAIMUNDO, Miguel Assis – Covid-19 E Contratação Pública O Regime Excepcional Do Decreto-Lei N.º 10-A/2020, De 13 De Março, 2020, pp. 169 e seguintes.

²⁴ Para maiores desenvolvimentos vide GODINHO, Inês Fernandes; e CASTRO, Miguel Osório de (Editores) – Covid 19 e o Direito. In Pedro Fernández Sánchez (dir. de) - Medidas Excepcionais de Contratação Pública para Resposta à Pandemia Causada pela Covid-19. Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 2020, pp. 52 a 63.

²⁵ A respeito do alargamento do recurso ao regime simplificado do ajuste direto, cfr. GODINHO, Inês Fernandes; e CASTRO, Miguel Osório de (Editores) – Covid 19 e o Direito. In Pedro Fernández Sánchez (dir. de) - Medidas Excepcionais de Contratação Pública para Resposta à Pandemia Causada pela Covid-19. Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 2020, pp. 64 a 66; e RAIMUNDO, Miguel Assis – Covid-19 E Contratação Pública O Regime Excepcional Do Decreto-Lei N.º 10-A/2020, De 13 De Março, 2020, pp. 194 a 200.

(i) na medida do estritamente necessário, por motivos de urgência imperiosa, devidamente fundamentada;

(ii) independentemente do preço contratual;

(iii) até ao limite do cabimento orçamental;

(iv) para a celebração de contratos cujo objeto consista na aquisição de equipamentos, bens e serviços necessários à prevenção, contenção, mitigação e tratamento de infeção por SARS-CoV-2 e da doença Covid-19, ou com estas relacionados, que se destinem a entidades sob tutela do membro do Governo responsável pela área da saúde.

De salientar ainda o afastamento da aplicação dos seguintes limites à contratação:

(i) proibição de convite de operadores económicos com quem a entidade adjudicante tenha celebrado contratos nos três anos económicos anteriores; e

(ii) necessidade de adoção do procedimento de consulta prévia quando o recurso a mais de uma entidade seja possível.

Além do mais, nos termos da Lei n.º 1-A/2020, a partir de 12 de março de 2020, ficaram isentos de fiscalização prévia do Tribunal de Contas os contratos públicos de empreitada de obras públicas, de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, celebrados por ajuste direto, ao abrigo do regime excecional de contratação pública previsto no DL n.º 10-A/2020²⁶.

Ficaram igualmente isentos de fiscalização prévia do Tribunal de Contas os contratos celebrados por entidades do Ministério da Saúde, da Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, do Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses, do Hospital das Forças Armadas, do Laboratório Militar de Produtos Químicos e Farmacêuticos e do Instituto de Ação Social das Forças Armadas²⁷.

Esta simplificação tem sido alvo de muitas críticas, mas a verdade é que o legislador não tinha grandes alternativas porque o país precisava urgentemente de equipamento de proteção individual, quer para os hospitais, quer para a população e

²⁶ Sobre a isenção de fiscalização prévia do Tribunal de Contas, cfr. GODINHO, Inês Fernandes; e CASTRO, Miguel Osório de (Editores) – Covid 19 e o Direito. In Pedro Fernández Sánchez (dir. de) - Medidas Excepcionais de Contratação Pública para Resposta à Pandemia Causada pela Covid-19. Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 2020, pp. 72 a 74.

²⁷ CARVALHO, Proença & MENÉNDEZ, Uría - Guia de questões jurídicas relativas à crise sanitária COVID-19, 2020, pp. 136 a 138.

precisava, urgentemente, desse material para conseguir dar resposta à rápida propagação do vírus.

Não havia tempo para dar cumprimento aos procedimentos pré-contratuais existentes.

É lógico que se pensarmos no princípio da igualdade contratual, no princípio da concorrência e da transparência, este procedimento não é, de todo, o melhor.

Porém, era a única forma de conseguirmos rapidamente o material necessário para salvar vidas e conter a proliferação do vírus, no fundo, de prosseguir o interesse público.

De sublinhar que, por imperativo de transparência, todos os contratos celebrados ao abrigo deste regime excecional simplificado de ajuste direto devem ser publicados no portal dos contratos públicos, incluindo a fundamentação para a adoção do procedimento em referência.

Estamos perante uma situação completamente excecional e imprevisível e, para situações excecionais, as soluções também devem ser excecionais.

Como refere Pedro Fernández Sánchez “Não foi surpreendente, portanto, que, quando o Estado Português foi convocado para o combate ao surto de COVID-19, voltasse a apostar também nessas duas medidas prioritárias para dotar as entidades públicas de instrumentos de contratação ágil com vista à aquisição das utilidades de que careciam de forma imediata”²⁸.

O DL n.º 19-A/2020, de 30 de abril, veio estabelecer um regime excecional e temporário aplicável, no contexto da pandemia da doença COVID-19 quanto aos contratos de execução duradoura em que o Estado ou outra entidade pública sejam parte. Veio estabelecer ainda uma indemnização pelo sacrifício por ato praticado pelo Estado ou outra entidade pública no âmbito da prevenção e combate à pandemia.

Não obstante todas as críticas que têm surgido a este respeito, entendemos que a atuação respeita o princípio da prossecução do interesse público, no caso, a saúde pública. A crise de saúde exigiu, e continua a exigir, “soluções rápidas e inteligentes, bem como agilidade na resposta a um enorme aumento da procura de

²⁸ GODINHO, Inês Fernandes; e CASTRO, Miguel Osório de (Editores) – Covid 19 e o Direito. In Pedro Fernández Sánchez (dir. de) - Medidas Excepcionais de Contratação Pública para Resposta à Pandemia Causada pela Covid-19. Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 2020, p. 46.

bens e serviços semelhantes, enquanto algumas cadeias de abastecimento sofrem perturbações”²⁹.

O sentido de urgência que permeia todo o contexto de resposta à pandemia favorece e justifica a tomada de medidas num curto espaço de tempo. Aliás, o DL n.º 10-A/2020 foi publicado logo dois dias após a declaração da pandemia. Por esse motivo, consideramos compreensível este “desvio” ao procedimento dito normal, em razão da prossecução do interesse público.

4. CONCLUSÕES

Os contratos administrativos foram afetados pela pandemia originada pela Covid-19.

O sentido de urgência que permeia todo o contexto de resposta à pandemia favorece a tomada de medidas num curto espaço de tempo, uma vez que está em causa a saúde pública.

Ora, em resposta à pandemia, ocorreu uma simplificação de procedimentos que tem sido alvo de muitas críticas, mas a verdade é que o legislador não tinha grandes alternativas porque o país precisava urgentemente de equipamento de proteção individual, quer para os hospitais, quer para a população e precisava, urgentemente, desse material para conseguir dar resposta à rápida propagação do vírus.

Não havia tempo para dar cumprimento aos procedimentos pré-contratuais existentes.

É lógico que se pensarmos no princípio da igualdade contratual, no princípio da concorrência e da transparência, a solução adotada não é, de todo, a melhor.

Porém, era a única forma de conseguirmos rapidamente o material necessário para salvar vidas e conter a proliferação do vírus, no fundo, de prosseguir o interesse público.

²⁹ Neste sentido, vide “Orientações da Comissão Europeia sobre a utilização do quadro em matéria de contratos públicos na situação de emergência relacionada com a crise da COVID-19 (2020/C 108 I/01)”, disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52020XC0401%-2805%29>>.



REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, Direito Administrativo. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2020.

AZEVEDO, Bernardo Almeida, DURO, Joana, MOREIRA, José Azevedo e GONÇALVES, Pedro Costa - XV. Contratação Pública - Um Novo Tempo. Uma Nova Missão. Implicações Jurídicas do Novo Coronavírus, 2020.

AZEVEDO, Patrícia Anjos, Lições de Direito Administrativo. Vila Nova de Gaia: Primeira Edição Editora, 2020.

BRITO, Lorena Brito, Impacto da pandemia Covid-19 na execução dos contratos administrativos. In Revista de Contratos Públicos n.º 24. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2020.

CARVALHO, Proença & MENÉNDEZ, Uría, Guia de questões jurídicas relativas à crise sanitária COVID-19, 2020.

CORDEIRO, A. Barreto Menezes Cordeiro – Artigo 437.º (Condições de Admissibilidade). In Novo Coronavírus e Crise Contratual Anotação ao Código Civil. Lisboa: AAFDL, 2020.

CORREIA, Sérvulo, Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos. Edições Almedina, S.A., 2020.

GODINHO, Inês Fernandes; e CASTRO, Miguel Osório de (Editores) – Covid 19 e o Direito. In Miguel Osório de Castro (dir. de) - Impacto das Medidas de Combate ao Coronavírus (Sars-Cov-2) no Cumprimento dos Contratos. Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 2020.

GODINHO, Inês Fernandes; e CASTRO, Miguel Osório de (Editores) – Covid 19 e o Direito. In Pedro Fernández Sánchez (dir. de) - Medidas Excepcionais de Contratação Pública para Resposta à Pandemia Causada pela Covid-19. Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 2020.

LOMBA, Pedro, Constituição, Estado de Emergência e Administração Sanitária: Alguns Problemas. In Estado de Exceção e Crise Epidémica. E-Pública Revista Eletrónica de Direito Público, Vol. 7, n.º 1, 2020.

MALHEIRO, Gonçalo; e XAVIER, Luís Barreto [Coordenação] – Contratos e Pandemia. In FONSECA, Ana Taveira da (dir. de) – Pandemia de COVID-19 e riscos próprios do contrato. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2021.



SÁNCHEZ, Pedro Fernández – Estudos Sobre Contratos Públicos. Lisboa: AAFDL EDITORA, 2019.

RAIMUNDO, Miguel Assis – Covid-19 E Contratação Pública O Regime Excepcional Do Decreto-Lei N.º 10-A/2020, De 13 De Março, 2020.



A MEDIAÇÃO À LUZ DAS TEORIAS HERMENÊUTICA FENOMENOLÓGICA E HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

MEDIATION IN THE LIGHT OF PHENOMENOLOGICAL HERMENEUTIC AND PHILOSOPHICAL HERMENEUTIC THEORY

Camila Stabach Mendes¹

Antonio Evangelista de Souza Netto²

Resumo: O presente artigo pretende analisar a mediação sob os aspectos da hermenêutica fenomenológica existencial e hermenêutica filosófica. Objetiva verificar os impactos da correta administração do conflito, bem como, busca analisar a natureza inevitável da conflituosidade. Além disso o artigo pretende demonstrar a unicidade de cada procedimento de mediação, e por fim estabelecer conexões entre mediação e hermenêutica. Para tanto, o presente estudo utiliza de metodologia hipotético-dedutiva, realizando revisão bibliográfica e documental. Inicialmente o artigo pretende analisar o desenvolvimento da hermenêutica, com especial atenção as teorias de Martin Heidegger e de Hans Georg Gadamer. Em sequência será abordado sobre o conceito de mediação e a sua relação com o conflito. Em seguida será abordado o conflito, analisando a sua inevitabilidade nas relações humanas, e os impactos da gestão dos conflitos. Por fim, será estabelecida a relação encontrada entre o instituto da mediação e as teorias de hermenêutica fenomenológica existencial e de hermenêutica filosófica, concluindo que a mediação possibilita através do diálogo, um entendimento hermenêutico, uma nova forma de viver e se relacionar

Palavras-Chave: Mediação; Hermenêutica Fenomenológica; Hermenêutica Filosófica; Conflito.

Abstract: This article intends to analyze mediation under the aspects of existential phenomenological hermeneutics and philosophical hermeneutics. It aims to verify the impacts of the correct management of the conflict, as well as seeks to analyze the inevitable nature of conflict. In addition, the article intends to demonstrate the uniqueness of each mediation procedure, and finally to establish connections between mediation and hermeneutics. Therefore, the present study uses a hypothetical-deductive methodology, performing a bibliographic and documental review. Initially, the article intends to analyze the development of hermeneutics, with special attention

¹ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Brasil; Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Brasil (2020); Curso de Extensão Universitária em Comércio Internacional: desafios sociais, jurídicos e econômicos num mundo globalizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, UC, Portugal (2017); Formação complementar em Direito e Empresa na Prática: Desafios Contemporâneo, pelo Centro Universitário Curitiba, UNICURITIBA, Brasil (2018); Formação complementar em Direito Empresarial Aplicado: Contabilidade e Relações Negociais, pelo Centro Universitário Curitiba, UNICURITIBA, Brasil (2019); Advogada; Mediadora Privada; E-mail: camila.s.mendes@icloud.com.

² Juiz de Direito Titular de Entrância Final do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Diretor-Geral do Fórum. Juiz Eleitoral Titular da 69 Zona Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina - Itália. Pós-doutor em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) - Brasil. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal. Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2014). Mestre em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2008). Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1450737398951246>>

to the theories of Martin Heidegger and Hans Georg Gadamer. Next, the concept of mediation and its relationship to conflict will be discussed. Then the conflict will be addressed, analyzing its inevitability in human relationships, and the impacts of conflict management. Finally, the relationship found between the institute of mediation and the theories of existential phenomenological hermeneutics and philosophical hermeneutics will be established, concluding that mediation makes possible through dialogue, a hermeneutic understanding, a new way of living and relating.

Keywords: Mediation; Phenomenological Hermeneutics; Philosophical Hermeneutics; Conflict.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade se encontra inserida em um mundo extremamente complexo, com relações diversas, fato que acarreta um aumento constante de conflitos. Os conflitos pós-modernos abrigam cada vez mais nuances e particularidades, atravessando relações múltiplas em que se chocam as inúmeras pré-concepções das partes. O mal-entendido dentro da sociedade não é uma exceção, de modo que se faz necessário pensar maneiras de corrigir os desvios na compreensão, e solucionar os impasses.

O fato de se buscar superar os problemas e conflitos sem compreendê-los em toda sua complexidade só faz com que se evidenciem as consequências negativas deste, ao passo que as soluções impostas, por não compreenderem referida complexidade, acabam por ocasionar o espiral do conflito.

Mostra-se necessário encontrar soluções que permitam uma ressignificação do conflito, e que busquem efetivamente contemplar e entender a profundidade das relações. A mediação, nesse cenário se mostra como uma opção, uma vez que ela trabalha a relação e o impasse existente entre os envolvidos, para que assim seja possível a construção de uma solução, que permita a emancipação das partes, e que evidencie os aspectos positivos do conflito.

Para tanto, o presente artigo pretende analisar a mediação sob os aspectos da hermenêutica fenomenológica existencial e hermenêutica filosófica. O objetivo do estudo é verificar os impactos da correta administração do conflito, bem como, analisar cada mediação como um procedimento único, sendo desse modo necessário um preparo do mediador para bem gerir cada conflito em suas particularidades, e saber conduzir os envolvidos levando em consideração as suas pré-concepções e necessidades.

Estruturalmente, será feita uma introdução sobre a hermenêutica com especial atenção as teorias de Martin Heidegger sobre a hermenêutica fenomenológica

existencial, e de Hans Georg Gadamer sobre a hermenêutica filosófica. Não pretende-se remontar exaustivamente as teorias, apenas contextualizar o leitor sobre essas correntes do pensamento hermenêutico.

Ato contínuo, será abordado o instituto da mediação, apresentando o seu conceito, em sequência será estabelecida a relação da mediação com o conflito, sendo este considerado como fato inevitável nas relações humanas, bem como será analisado o impacto das formas de resolução de conflito. Por fim buscará estabelecer as relações encontradas entre o instituto da mediação e as teorias de hermenêutica fenomenológica existencial e de hermenêutica filosófica.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A HERMENÊUTICA, ANÁLISE DA FENOMENOLOGIA EXISTENCIAL DE HEIDEGGER E HERMENÊUTICA FILOSOFICA DE GADAMER

Hermenêutica significa, “tradicionalmente, teoria ou arte da interpretação e compreensão de textos, cujo objetivo precípua consiste em descrever como se dá o processo interpretativo-compreensivo” (STRECK, 2014, p. 261). Tal instituto pode ser vinculado com o verbo *ermeneúein*, que traduzido do grego pode significar expressar, expor ou traduzir. A hermenêutica pode ser compreendida como um movimento mental de compreensibilidade, mediação de sentido, retornando do exterior para o interior do significado. (VIEIRA, 2017, p.64).

Não é possível precisar quando se deu o surgimento do termo “hermenêutica”, sendo tópico controvertido, contudo a teoria majoritária remete ao semideus Hermes como seu precursor, uma vez que era este quem transmitia a mensagem dos Deuses e a tornava compreensível (STRECK, 2015, p. 60).

Verifica-se que na cultura grega a função do *ermèneus* parece aproximar-se da função do *prophétes*, aquele que realiza a mediação entre homens e os deuses, ou entre os homens e o mediador (NAVARRO, 2015, p. 145, apud VIEIRA, 2017, p.64).

Apesar do histórico atrelar a hermenêutica à mitologia grega, verifica-se que até Século XVII não havia propriamente a fundamentação de uma teoria interpretativa, sendo que esta se desenvolvia timidamente no seio de outros campos de estudos, mas principalmente muito atrelada a perspectiva da teologia, a interpretação de textos religiosos. (VIEIRA, 2017, p.65).

Porém grande salto no desenvolvimento desse campo do conhecimento se deu com os estudos realizados por Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher. O autor propôs

uma hermenêutica universal, conceituando-a como arte da compreensão, o estudioso buscou realizar uma unificação dos conhecimentos hermenêuticos até então existentes produzidos de maneira setoriais. O pensamento que deu notoriedade ao autor foi a inversão da ideia até então existente de que o mal-entendido é uma exceção. O autor defendia que a compreensão pela linguagem, em regra, leva a erros, o que justificaria a necessidade de técnicas que garantissem a correção desses desvios na compreensão (STRECK, 2014, p. 267).

A partir de Schleiermacher a hermenêutica ganha relevância, conforme pontua Cunha (2014, p. 214 apud VIEIRA, 2017).

[...] a hermenêutica, enquanto arte da compreensão, acaba por ser valorizada, alcançando um patamar maior do que aquele em que até então se situava. De fato, quando Schleiermacher fala que sempre haverá possibilidade de desacordo, não apenas em relação aos textos escritos, em que há um distanciamento temporal entre aquele que emitiu a mensagem, registrando-a, e aquele que vai interpretá-la, mas também nos discursos verbais, em que eu estou diante do outro, daí deriva que sempre haverá a necessidade de manusear as técnicas próprias dessa arte da compreensão, que seria a hermenêutica.

Buscando superar os mal-entendidos que poderiam surgir, o teólogo Schleiermacher, propôs a criação de um método, denominado Círculo Hermenêutico. O método defendido pelo autor consistia em considerar a relação “todo-parte” para o processo de compreensão. Segundo o modelo do Círculo Hermenêutico o conhecimento completo se encontra na circularidade onde o particular só se compreende por meio do todo e vice e versa (SCHIMIDT, 2013, p. 31). Schleiermacher defendia que ao final da aplicação do seu método “o sentido original estaria preservado, e a compreensão encontraria nele aquilo que o próprio autor imprimiu.”(STRECK, 2014, p. 267).

Outro grande passo para o desenvolvimento das teoria hermenêuticas ocorreu com o desenvolvimento dos pensamentos do autor alemão Martin Heidegger. O filósofo, utilizando-se das bases produzidas por Schleiermacher, buscou traçar uma nova perspectiva para hermenêutica e para o Círculo Hermenêutico. A notoriedade do pensamento do autor se encontra na sua defesa pelo deslocamento do objeto de interpretação dos textos para a faticidade, fato que possibilitou o desenvolvimento de uma teoria hermenêutica com base existencialista, até então não vista.

Nas teoria de Heidegger, a hermenêutica passa a ser utilizada para compreender o ser (faticidade) do Ser-aí e permitir a abertura do horizonte para o qual

ele se encaminha (existência). Desse modo, o pensamento hermenêutico que até o momento possuía um caráter ôntico, voltado para textos, passa a assumir uma dimensão ontológica, visando à compreensão do ser (faticidade) do Ser-aí (STRECK, 2014, p. 271).

A fenomenologia hermenêutica de Heidegger, termo pelo qual a teoria ganhou notoriedade, é composta de dois teoremas fundamentais, o círculo hermenêutico e a diferença ontológica. O círculo hermenêutico heideggeriano pode ser compreendido pela circularidade entre compreensão do ser e da faticidade. Sendo que, o Círculo Hermenêutico, não está mais ligado à interpretação de textos onde o particular só se compreende por meio do todo e vice e versa. Mas à compreensão da faticidade e existência do Ser-aí. (STRECK, 2014, p. 272).

A diferença ontológica, por sua vez, na teoria de Heidegger pode ser caracterizada pela diferença existente entre ser e o ente. Apesar da compreensão do homem (Ser-aí), na teoria do autor, se dar na unidade entre ser e ente, é possível verificar a existência de uma diferença entre eles. A esta diferença, Heidegger passa a denominar de diferença ontológica, a qual se verifica pelo fato de que todo ente só é no seu ser (STRECK, 2014, p. 273).

Sobre a diferença ontológica presente no pensamento de Heidegger pontua José Laurindo de Souza Netto (2012, p. 3126):

O pensamento da diferença ontológica que perpassa toda a obra de Heidegger é ponto de partida para sua crítica ao mundo contemporâneo. Trata-se de buscar um novo modelo de pensar, em que o ser não é um ente, logo, não pode ser pensado do mesmo modo.

Importante destacar a perspectiva de Martin Heidegger, sobre compreensão e a interpretação, ponto de grande relevância na teoria do pensador, nesse sentido Lenio Luiz Streck (2014, p. 273, grifo) esclarece:

Se nos paradigmas anteriores vigia a crença de que primeiro interpretamos - através de um método - para depois compreender, Heidegger nos mostra a partir da descrição fenomenológica realizada pela analítica existencial em Ser e Tempo que compreendemos para interpretar. A interpretação é sempre derivada da compreensão que temos do ser-dos-entes. Ou seja, originariamente o Ser-aí compreende o ente em seu ser e, de uma forma derivada, toma explícita essa compreensão através da interpretação. Na interpretação, procuramos manifestar onticamente aquilo que foi resultado de uma compreensão ontológica- A interpretação é o momento discursivo-argumentativo em que falamos dos entes (processo, Direito etc.) pela compreensão que temos de seu ser.

A compreensão em Heidegger é na realidade uma questão de autoconhecimento do ser no mundo. O filósofo ganhou notoriedade por seu pioneirismo em afastar o mito de neutralidade do sujeito e estabelecer uma relação direta entre o sujeito que compreende e o mundo que o circunda. Portanto, é a partir de Heidegger que a hermenêutica passa a ser pensada em termos filosóficos e ontológicos, preocupada com a posição que ocupa o ser no mundo (NAVARRO, 2015, p.149 *apud* VIEIRA, 2017 p.69).

Verifica-se que a compreensão é elemento essencial no pensamento de Heidegger, pois além de ela ser meio pelo qual o ser-aí alcança o seu autoconhecimento, para o autor, enquanto existimos estamos compreendendo, ou seja, compreendemos para interpretar. (VIEIRA, 2017, p.72).

Nesse sentido estabelece o pesquisador Marcelo Lemos Vieira (2017, p. 72): “Estamos “condenados” a compreender o que vai gerar a concepção de círculo hermenêutico que estabelece sempre um ver prévio, um haver prévio e uma conceituação prévia. A compreensão é um modo de ser do *Dasein*”.

O termo *Dasein* (ser-aí), se repete em vários momentos na obra de Heidegger, sendo o ponto central das reflexões do autor, de modo simplificado, o termo pode ser compreendido como ser-humano, como em essência a existência do ser-no-mundo, “significa o lugar onde a questão do ser surge, o lugar da manifestação. Compete a sua estrutura, como ser, ter uma pré-compreensão ontológica do ser” (NAVARRO, 2015, p.150 *apud* VIEIRA, 2017, p. 71).

Ainda buscando uma definição para a compreensão sobre o termo *Dasein* (ser-aí) leciona Lenio Streck (2009, p. 263-264):

Desde as Interpretações fenomenológicas sobre Aristóteles em 1921, passando pelo curso Ontologia - Hermenêutica da Faticidade em 1923, até chegar à sua obra capital, Ser e Tempo, em 1927, Heidegger constrói um conceito filosófico responsável por uma revolução nas tradicionais teorias da subjetividade e da consciência. Com efeito, o esforço contínuo do filósofo para colocar a reflexão filosófica nos trilhos da vida fática — que desde 1921 ele já chamava de faticidade - representou um rompimento com o caráter apodídico que reveste o conceito de subjetividade desde Descartes, bem como rompia com as fundamentações empíricas para o conceito de consciência, como podemos observar em John Locke. Esse conceito, que Heidegger oporá à toda tradição filosófica anterior (Metafísica), é o conceito de *Dasein* (ser-aí). *Dasein*, portanto, será o termo a partir do qual o filósofo designará -filosoficamente - o ser humano, a partir do qual serão analisadas as estruturas fáticas da existência humana. Na descrição realizada pelo filósofo, *Dasein* é um tipo de ente que, em seu modo de ser, possui como

possibilidade a compreensão do seu ser e do ser dos demais entes intramundanos. O *Dasein* é, portanto, o ente que compreende o ser e, nesta compreensão tem implícita uma compreensão de seu próprio ser. O termo alemão *Dasein* tradicionalmente designa existência (é neste sentido que é usado por filósofos da tradição metafísica, como é o caso de Kant, por exemplo), encontra sérios problemas na tradução para outras línguas. Isso porque Heidegger oferece ao termo uma conotação diferenciada que mantém o significado inicial de existência, mas no sentido daquele ente que, entre todos os outros, existe, que é o ser humano. Para Heidegger somente o *Dasein* existe, porque existência implica possibilidades, projetos. Os demais entes intramundanos, que estão à disposição subsistem.

Segundo o pensamento de Heidegger, não pode haver um sujeito sem mundo, assim como não poderá haver homem sem *Dasein*. Nesse sentido sintetiza Rogério Tabet Almeida (2012, p. 74):

“Estamos inseridos no mundo, de certa forma, fomos jogados no mundo, por isso para ele o *Dasein* é um ser-no-mundo (hermenêutica da faticidade). Como estamos enxertados no mundo, a existência não é só minha, há também a existência de um outro (ser-em-comum), ser-no-mundo se refere também a ser com os outros”.

Nos ensinamento de Martin Heidegger (2002, p.18):

“este ser lançado é correlativo ao projeto estadeado no compreender, que integra o conceito mesmo de existência, inseparável de seu poder-ser, e a cada momento de existência traz compreensão de nós mesmos e do mundo. Projetar é interpretar-nos, a nós, aos outros e ao mundo”.

Heidegger foi responsável por um grande desenvolvimento no pensamento hermenêutico, sendo que as conquistas heideggerianas foram utilizadas como base pelo também hermeneuta Gadamer.

Utilizando-se dos fundamentos elaborados pela hermenêutica fenomenológica existencial de Martin Heidegger, Hans Georg Gadamer apresentou sua teoria de Hermenêutica Filosófica. O autor realizou uma crítica ao método, buscando afastar as arbitrariedades e subjetivismos, não caindo na ilusão da neutralidade científica, o objetivo do autor foi o de definir o ponto em comum de todas as formas de compreensão, mostrando que não se trata de um mero comportamento subjetivo frente a um objeto, mas sim de um comportamento frente a uma historicidade da qual o próprio intérprete faz parte (VIEIRA, 2017 p. 73-74).

Dentro da teoria do autor, verifica-se que o conceito de pré-compreensão, possui um papel fundamental, uma vez que o filósofo considera que as pré-

compreensões são inerentes à possibilidade de compreensão do ser humano, sendo impossível a sua desvinculação.

Para o autor, as pré-compreensões são as estruturas prévias herdadas, todo o conhecimento do indivíduo, incluindo significado de palavras, preferências, os valores, juízos sobre a natureza humana, e assim sucessivamente. Sendo que para a teoria hermenêutica filosófica, as opiniões prévias não significam falso juízo, pois está em seu conceito que ele possa ser valorizado positivamente ou negativamente (VIEIRA, 2017, p. 76).

Defende o autor ser impossível o abandono das pré-compreensão pelo interprete, pois estas são condições de possibilidade para qualquer compreensão. Porém, faz-se necessário realizar uma análise sobre elas, buscando avaliar a legitimidade dessas. Ademais, defende o autor também ser necessária uma abertura nas pré-compreensões do interprete à opiniões diversas. Nas palavras de Gadamer (1999, p. 34 e 403, grifo):

A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias. Por isso, faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade.

(...)

Quando se houve alguém ou quando se empreende em uma leitura, não é necessário que se esqueçam todas as opiniões prévias sobre seu conteúdo e todas as opiniões próprias. O que se exige é simplesmente a abertura à opinião do outro ou à do texto. Mas essa abertura já inclui sempre que se ponha a opinião do outro em alguma relação com o conjunto das opiniões próprias, ou que a gente se ponha em certa relação com elas.

Importante verificar como o autor entende o elemento compreensão dentro de sua teoria da hermenêutica filosófica. Gadamer defende que a compreensão ocorre no momento de fusão de horizontes. Sendo que “a partir dessa relação com o próprio e com o outro que será possível uma transposição para o outro, em que o sujeito descobre a si mesmo com seu horizonte presente, com seus preconceitos” (VIEIRA, 2017, p.64).

Ademais, o hermeneuta também defende que a interpretação, compreensão e aplicação ocorrem simultaneamente, de modo que o autor critica o processo hermenêutico clássico, “que entendia a interpretação como sendo produto de uma operação realizada em partes (*suhtilitas intélligendi, suhtilitas explicandi, suhtilitas applicandi*, isto é, primeiro compreendo, depois interpreto, para só então aplicar)”

(STRECK, 2014, p. 276). Para Gadamer, a indissociabilidade entre a compreensão e interpretação abarca também a aplicação em uma verdadeira fusão de horizontes que proporciona o acontecer da interpretação, a partir das pré-compreensões trazidas pela tradição (STRECK, 2014, p. 276).

Nesse sentido, esclarece José Laurindo de Souza Netto (2012, p. 3128):

Gadamer também destaca uma necessidade de uma pré-compreensão, apresentando uma hermenêutica essencialmente filosófica, baseada na relação entre compreensão, interpretação e aplicação. O intérprete, na visão de Gadamer “não deve ignorar a si mesmo e a situação hermenêutica concreta na qual se encontra”.

Importante destacar o papel que a linguagem desempenha na teoria de Gadamer. O conhecimento é orientado pela linguagem, sendo que esta é universal, mostrando-se como a responsável pela conexão dos horizontes passado, presente e futuro. Para o autor, todo processo hermenêutico de compreensão é um processo linguístico.

A linguagem, além de constituir o homem, o precede sendo condição de possibilidade para a atribuição de sentido ao mundo (STRECK, 2014, p. 289). A partir das bases do hermeneuta Gadamer, Lenio Streck (2009, p. 170) constata que:

estamos mergulhados em mundo que somente aparece (como mundo) na e pela linguagem. Algo só é algo se podemos dizer que é algo. Esse poder dizer é linguisticamente mediado, porque nossa capacidade de agir e de dizer-o-mundo é limitado e capitaneado pela linguagem. [...] é pela linguagem e somente por ela que podemos ter o mundo e chegar a esse mundo [...] Não há coisa alguma onde falta a palavra.

Por fim, verifica-se que Heidegger desenvolveu a hermenêutica no nível ontológico, trabalhando com a idéia de que o horizonte do sentido é dado pela compreensão, sendo que na compreensão é que se esboça a matriz do método fenomenológico. Por sua vez, na teoria hermenêutica de Gadamer, seguidor de Heidegger, há a retomada da idéia de que a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado. Desse pensamento decorre que, para Gadamer, ter um mundo é ter uma linguagem (STRECK, 2014, p. 280).

3. O CONFLITO E A MEDIAÇÃO COMO COMPORTAMENTO HERMENÊUTICO

A mediação é um método de resolução de conflitos, autocompositivo, visto que, as partes possuem total autonomia para compor a solução para o impasse, de modo que não será um juiz ou árbitro que irão impor uma solução, mas esta será construída pelos envolvidos no conflito, com o auxílio de um terceiro, o mediador, que atua facilitando a comunicação e auxiliando as partes a compreenderem os meandros da situação controvertida, restabelecendo a relação entre os mediados. O mediador atua de modo equidistante às partes, e de maneira neutra pois não pode impor um acordo, nem mesmo pode atuar apresentando sugestões de soluções aos mediados.

José Laurindo de Souza Netto, Jenyfer Michele Pinheiro Leal e Adriane Garcel (2020 p.338), apresentam, no artigo: “solução promissora à resolução de conflitos: utilização das técnicas de harvard e da teoria dos jogos na mediação” a seguinte definição de mediação:

A mediação é um método ecológico de resolução de conflitos, em que um terceiro, o mediador, atua de modo confidencial, imparcial e equidistante, com função de promover a melhora na comunicação entre os envolvidos, propiciando autoconhecimento, conhecimento das causas reais dos conflitos e de suas consequências, de modo que se autodeterminem à uma solução (NETTO; LEAL; GARCEL, 2020, p.338).

A mediação se mostra como um modelo de resolução de conflitos, que é especialmente indicada para situações em que as partes possuem um vínculo, uma relação continuada, seja devido à natureza contratual e por suas características, ou ainda pelo nível de envolvimento emocional entre as partes.

O mediador aproxima as partes, “ao distanciá-las da irracionalidade que lhes impede de visualizar de forma nítida as circunstâncias reais do problema que as envolve. O mediador atua para reestabelecer os laços emocionais desestruturados pelo acirramento do litígio” (NETTO; LEAL; GARCEL, 2020, p.339).

O mediador precisa possuir a sensibilidade para perceber que sua atuação precisa ser diversa em cada mediação em que atuar, visto que cada situação conflituosa possuirá suas peculiaridades. Porém é possível sistematizar de modo genérico que o mediador desempenhara os seguintes papéis dentro da mediação: deve favorecer o intercâmbio de informação; auxiliar os mediados a entenderem a visão da contraparte; mostrar a ambas as partes que suas preocupações estão sendo compreendidas e respeitadas; trabalhar as diferenças de percepção e interesses entre

os negociadores e outros, inclusive advogado e cliente; auxiliar na avaliação das alternativas, fazendo com que as partes valorem de modo realistas as melhores opções de acordo; gerar flexibilidade; mudar o foco do passado para o futuro; estimular a criatividade das partes na criação de propostas de acordo; aprender a identificar os interesses particulares que não são comunicados (NETTO; LEAL; GARCEL, 2020, p.339 -340).

De maneira mais sintetizada a função do mediador é ser facilitador, criador de canais de comunicação, tradutor e transmissor de informações, reformulando o diálogo quando necessário, bem como auxiliando as partes a diferenciar as posições e interesses (NETTO; LEAL; GARCEL, 2020, p.340).

A mediação, entende o conflito como algo natural à convivência humana, uma sociedade sem contendidas é uma sociedade utópica e inexistente. De modo que, por ser algo de natureza inevitável deve ser bem abordado, para que a sociedade possa desfrutar de suas consequências positivas.

Correlaciona-se a perspectiva do conflito com os ideais de Schleiermacher, em especial a ideia de que o que o mal-entendido não é uma exceção. Logo a sociedade vive diante de constantes conflitos decorrente de um mal-entendido comunicacional, sendo necessária aplicação de técnicas como as utilizadas na mediação para garantir a correção desses desvios na compreensão.

Desse modo, verifica-se como a mediação busca trabalhar o conflito entre as partes, sem lhe atribuir uma carga pejorativa, pelo contrário, acredita que o conflito quando bem trabalhado possui aspectos positivos, que podem levar a evolução da reação.

Porém, faz-se necessário destacar que uma situação conflituosa quando não bem trabalhada pode vir a ter consequências negativas. Quando uma resposta dita como “solução” ao problema, acaba sendo imposta sem realmente ter se conhecido a natureza conflituosa da relação. Ou ainda quando, a resposta é dada apenas após uma análise rasa da lide, sem o aprofundamento nas razões, que não são abertas pelas partes em um primeiro momento, o que se verifica é que a respostas, na maioria das vezes, acaba sendo falha. Uma vez que não conseguiu compreender as reais necessidades dos envolvidos durante o processo, a solução imposta não irá contempla-las. Ademais, por vezes, esta será imposta antes do reestabelecimento da comunicação entre as partes, de modo que, além de não satisfazer o interesse de ambos, pode acabar ocasionando um espiral do conflito, ocasionando no futuro mais

problemas, ou ainda, por vezes, pode significar o rompimento das relações. Sendo que esta lide, pelo tratamento inconveniente que lhe foi dado, acaba por enfatizar as perspectivas negativas do conflito, não permitindo um crescimento e uma emancipação das partes envolvidas.

Por esse motivo, a mediação, antes mesmo de buscar uma resposta ou solução para o impasse, prioriza o conflito, buscando conhecimento das causas reais do impasse e de suas consequências, de modo que a solução, acaba sendo uma consequência do procedimento. Nesse sentido pontua:

Não é porque estamos sempre em conflito(s) que compreendemos, autenticamente, o que isso significa, ou melhor, o que isso diz sobre nós, nossa condição humana precária, assustadora, angustiante, que resta sempre encoberta pelas relações conflituosas em que estamos sempre enredados. Defendemos, então, que a tarefa fundamental da mediação nos termos que a temos desenvolvido não é se manter pré-ocupada na resolução de conflitos, mas possibilitar um caminho para o conflito, de modo que seu sentido possa ser melhor compreendido. Por isso que é tão fundamental, nessa empreitada, questionar antes de tudo o ser que se (des-)encontra em conflito, o próprio ser humano (PEREIRA, 2021, p.133).

A mediação analisa o conflito numa perspectiva positiva, como um evento natural e inevitável consequência das relações interpessoais. De modo que este procedimento de solução de litígios, visa a restauração da relação, o entendimento mútuo entre as partes envolvidas, possibilitando assim convivência dos sujeito, e a emancipação destes.

Ademais, é possível verificar pela perspectiva de construção de subjetividade presente nas teorias hermenêuticas apresentadas que o conflito pode ser uma consequência da relação. Uma vez que, cada ser humano é envolvido em um conceito de Dasein, de modo que cada ser humano possui características singulares, próprias da fisionomia, crenças e hábitos que possui, das experiências e do meio em que já viveu, bem como é possuidor de pré-concepções que fazem parte do modo como são feitas as interpretação das situações.

A unicidade de cada pessoa, decorrente do conjunto específico de interesses e ideias, faz com que surjam as divergências. O conflito advém justamente destas diferenças que são sentidas nas expectativas, crenças, aspirações, valores, desejos de status e estima de cada um (NETTO; LEAL; GARCEL, 2020, p. 338).

A mediação busca evitar que as partes adotem uma postura competitiva, e que sejam acometidas por problemas como comunicação empobrecida, que podem levar

a crença de que a solução só poderá ser imposta pelo outro de forma “espartana”. A mediação busca abrir-se à percepção de que o conflito pode ser construtivo, uma vez que o conflito permite a evolução social, estimulando o interesse e permitindo a manifestação livre dos problemas envolvido possibilitando com abertura ao diálogo e de novos horizontes uma solução (NETTO; LEAL; GARCEL, 2020, p. 338).

A mediação, ao possibilitar a compreensão, ocasiona uma abertura das partes ao outro, colocando desse modo a pré-compreensão do intérprete em relação com as opiniões alheias ao seu ser, que são da outra parte, e desse modo relevantes também para aquela relação. Sendo assim, essa conexão gerada durante o procedimento entre o sujeito e objeto é fundamental, visto que apenas se torna possível alcançar o auto-conhecimento a partir das perspectiva do outro, através do olhar da outra parte, do mesmo modo apenas se conhece o outro quando o interprete se encontra consciente de sua própria subjetividade (VIEIRA, 2017, p. 158).

Importante destacar também a questão da alteridade, presente na mediação, que aqui se insere, uma vez que a compreensão se possibilita apenas por meio da abertura a que o texto tem a expressar, ou também pode ser analisado como a abertura ao discurso do que o outro pretende transmitir. Como visto a compreensão se dará por meio da abertura ao dialogo, da conversação que possibilita o entendimento mútuo. Essa abertura hermenêutica à alteridade não configura neutralidade, mas sim possibilita uma verdadeira fusão de horizontes, entre os envolvidos (VIEIRA, 2017, p.158-159).

Segundo, Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme (2020), o mediador possui o papel de trabalhar a comunicação e a relação dos litigantes, sendo que a mediação pode ser considerada um procedimento calcado na efetivação da arte da linguagem.

Verifica-se que um dos pontos de convergência da mediação com a análise de Gadamer na Hermenêutica Filosófica, se encontra na comunicação, o autor afirma que, ao se levar os indivíduos a uma conversação, já se inicia um processo de acordo, porque toda:

"verdadeira conversação implica nossa reação frente ao outro, implica deixar realmente espaço para seus pontos de vista e colocar-se no seu lugar, não no sentido de querer compreendê-lo com essa individualidade, mas compreender aquilo que ele diz" (GADAMER, 2003, p.499).

Uma vez que impossível o abandono das pré-concepções pelo intérprete, cabe ao mediador, com a utilização de ferramentas e técnicas de mediação, auxiliar as partes a analisarem as suas pré-compreensões e avaliarem legitimidade delas, bem como auxiliar as partes no movimento de abertura às opiniões diversas, possibilitando, ao fim do procedimento, a fusão de horizontes e elaboração de um acordo.

Outro requisito levantado por Gadamer (2003, p.499):

"Importa respeitar o direito objetivo de sua opinião, a fim de podermos chegar a um acordo em relação ao assunto em questão. Não relacionamos sua opinião com sua própria individualidade, mas com nossa própria opinião e suposição".

A Mediação ao restabelecer a comunicação, que com o conflito se mostrou prejudicada, possibilita novamente a convivência e relação entre as partes, de modo que a mediação possibilita o restabelecimento do fluxo hermenêutico (interpretativo) com o outro (MENDONÇA, 2012, p.82).

Também é possível verificar pontos de contato entre o procedimento de mediação e teorias de Heidegger. Nesse sentido pontua (MENDONÇA, 2012, p.75):

Cada indivíduo envolvido na mediação representa uma realidade na qual foi criado (formado, educado ou treinado) e, por conta disso, tem a capacidade de compreender determinadas linguagens. O mediador - ser-no-mundo - usa em sua prática uma linguagem compreendida pelo outro, que, dessa forma, tem instigado o seu desenvolvimento integral; busca falar ao seu ouvinte para com ele fazer uma jornada de autoconhecimento acerca do conflito em questão.

Verifica-se que o mediador ao reconhecer que cada ser possui um *Dasein*, observa ser necessário o indivíduo compreender o ser, para então buscar a compreensão do conflito, e após interpretar e em sequência construir uma solução.

Outro ponto importante é que como cada indivíduo possui uma realidade única, cada procedimento de mediação acaba sendo único, possuindo suas particularidades e necessidade, de modo que, faz-se necessário que o mediador desenvolva suas capacidades práticas e teóricas nas diversas dimensões de conhecimento para se relacionar com os mediados, possibilitando, assim, a realidade de um mediador filosófico que trata dos indivíduos em sua complexidade, vislumbrando sua individualidade (MENDONÇA, 2012, p.75).

Ao analisar a proposta hermenêutica e o instituto da mediação, verifica-se que o sentido passa a ser construído a cada nova interpretação, as quais ocorrem no

momento da aplicação e sempre por meio do diálogo entre os intérpretes e partes no procedimento de mediação. A linguagem possui um papel central, sendo considerada elemento formador, deixando de ser mero instrumento para a interpretação e elemento constitutivo do ser (VIEIRA, 2017, p.158).

Porém, importante ressaltar que tais perspectivas só se perfazem através da abertura ao diálogo, “mas o diálogo autêntico não se confunde com a (mera) comunicação, sendo sua marca fundamental colocar em questão aqueles que dialogam e a própria relação entre eles” (PEREIRA, 2021, p 12.).

Enfim, é possível constatar a existência de diversas relações entre a mediação de conflitos e a hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer, haja vista a mediação possibilitar, através do diálogo, um entendimento hermenêutico e uma nova forma de viver e se relacionar.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após percorrer o caminho inicialmente estabelecido para o presente estudo, cumpre destacar os pontos principais abordados, no decurso do trabalho, ao analisar a mediação sob os aspectos da hermenêutica fenomenológica existencial e hermenêutica filosófica.

Verificou-se que o histórico da hermenêutica se encontra atrelado à mitologia grega, porém constatou-se que até Século XVII não havia propriamente a fundamentação de uma teoria interpretativa, sendo que esta se desenvolvia timidamente no seio de outros campos de estudos, mas principalmente muito atrelada a perspectiva da teologia, a interpretação de textos religiosos.

Observou que houve um salto no desenvolvimento da hermenêutica com os estudos realizados por Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher, que buscou realizar uma unificação dos conhecimentos hermenêuticos, criando um método, denominado Círculo Hermenêutico.

Posteriormente, verificou-se que Heidegger, desenvolveu a hermenêutica no nível ontológico, trabalhando com a idéia de que o horizonte do sentido é dado pela compreensão, sendo que na compreensão é que se esboça a matriz do método fenomenológico. Por sua vez, na teoria hermenêutica de Gadamer, seguidor de Heidegger, há a retomada da idéia de que a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado. Desse pensamento decorre que, para Gadamer, ter um mundo é ter uma linguagem.



Correlacionou-se a perspectiva do conflito com os ideais de Schleiermacher, em especial a ideia de que o que o mal-entendido não é uma exceção. Logo, a sociedade vive diante de constantes conflitos decorrente de um mal-entendido comunicacional, sendo necessária aplicação de técnicas como as utilizadas na mediação para garantir a correção desses desvios na compreensão, e objetivar as consequência positivas do conflito, quais sejam a evolução e emancipação do ser humano.

Ademais, foi possível verificar pela perspectiva de construção de subjetividade presente nas teorias hermenêuticas apresentadas que o conflito pode ser uma consequência da relação. Uma vez que cada ser humano é envolvido de um conceito de Dasein, de modo que cada ser humano possui características singulares, próprias da fisionomia, crenças e hábitos que possui, das experiências e do meio em que já viveu, bem como é possuidor de pré-concepções que fazem parte do modo como são feitas as interpretação das situações.

Ao analisar as correlações entre a proposta hermenêutica e o instituto da mediação, verifica-se que o sentido passa a ser construído a cada nova interpretação, as quais ocorrem no momento da aplicação e sempre por meio do diálogo entre os intérpretes e partes no procedimento de mediação. A linguagem possui um papel central, sendo considerada elemento formador, deixando ser mero instrumento para a interpretação e elemento constitutivo do ser, de modo que a mediação possibilita, por meio do diálogo, um entendimento hermenêutico e uma nova forma de viver e se relacionar.

**REFERÊNCIAS**

ALMEIDA, Rogério Tabet. A Hermenêutica Ontológica Heideggeriana. **Legis Augustus**, v. 3, n. 1, p. 72-82, Rio de Janeiro: 2012.

CUNHA 2014 apud VIEIRA, Marcelo Lemos. **O Ministério Público Brasileiro e a Mediação: O Acesso à Justiça Ambiental**, 228 f. Dissertação (Mestrado em Direito) FDV, Vitória, 2017.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Petrópolis: Visões, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Manual de arbitragem e mediação: conciliação e negociação. 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

MENDONÇA, Rafael. **(Tras)Modernidade e Mediação de Conflitos**. 1ª ed. KBR, Petrópolis, 2012.

NAVARRO, 2015, apud VIEIRA, Marcelo Lemos. **O Ministério Público Brasileiro e a Mediação: O Acesso à Justiça Ambiental**, 228 f. Dissertação (Mestrado em Direito) FDV, Vitória, 2017.

NETTO, José Laurindo de Souza. A Evolução da Jurisdição para uma Perspectiva Transformadora: A Necessária Compreensão Crítica da Realidade. **RIDB**, Ano 1, nº 5, p. 3103-3135, 2012.

NETTO, José Laurindo de Souza; LEAL, Jenyfer Michele Pinheiro; GARCEL, Adriane. Solução Promissora à Resolução de Conflitos: Utilização das Técnicas de Harvard e da Teoria dos Jogos na Mediação. **Percursos**. vol.05, nº.36, p. 327-355, Curitiba, 2020.

PEREIRA, Joaquim Eduardo, **Mediar é Preciso, Viver Não é Preciso: para uma filosofia da mediação**, 172 f. Tese (Doutorado em Direito) PUC-SP, SÃO PAULO, 2021.

SCHIMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Série Pensamento Moderno. 2. ed. Tradução de Fábio Ribeiro. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.



STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VIEIRA, Marcelo Lemos. **O Ministério Público Brasileiro e a Mediação: O Acesso à Justiça Ambiental**, 228 f. Dissertação (Mestrado em Direito) FDV, Vitória, 2017.



TRIBUTAÇÃO DIGITAL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA A ERA TECNOLÓGICA

DIGITAL TAXATION: CHALLENGES AND PERSPECTIVES FOR THE TECHNOLOGICAL ERA

Tatiana Suplicy Barbosa¹

Fabio Fernandes Neves Benfatti²

Resumo: Este estudo visa discutir a eficácia da jurisprudência brasileira no que se refere à tributação na era digital, focando especificamente em tokens não fungíveis (NFTs). Uma revisão histórica dos criptoativos, que abrange desde a iniciação das criptomoedas até o advento dos NFTs, oferece uma compreensão ampla sobre a evolução desses ativos virtuais e seu impacto no contexto brasileiro. Destaca-se a urgência em estabelecer normas jurídicas para regular e facilitar a tributação de criptomoedas e NFTs, com o objetivo de prevenir práticas ilícitas e aprimorar a fiscalização governamental face ao crescimento deste setor. Em face do avanço tecnológico global e do aumento no uso de ativos virtuais em transações e investimentos, torna-se importante a regulação desses ativos, particularmente diante dos obstáculos que o direito brasileiro encontra para tributar os NFTs em um contexto descentralizado. Para obter resultados precisos, esta pesquisa emprega métodos qualitativos, incluindo a análise de estudos acadêmicos, legislação atual e opiniões doutrinárias relevantes ao tema.

Palavras-Chave: Criptoativos; Tokens não fungíveis (NFTs); Regulamentação; Tributação; Bitcoin.

Abstract: This study aims to discuss the effectiveness of Brazilian jurisprudence regarding taxation in the digital era, focusing specifically on non-fungible tokens (NFTs). A historical review of cryptoassets, which ranges from the initiation of cryptocurrencies to the advent of NFTs, offers a broad understanding of the evolution of these virtual assets and their impact in the Brazilian context. The urgency to establish legal standards to regulate and facilitate the taxation of cryptocurrencies and NFTs stands out, with the aim of preventing illicit practices and improving government supervision in view of the growth of this sector. In view of global technological advancement and the increase in the use of virtual assets in transactions and investments, the regulation of these assets becomes important, particularly given the obstacles that Brazilian law encounters in taxing NFTs in a decentralized context. To obtain accurate results, this research employs qualitative methods, including the analysis of academic studies, current legislation and doctrinal opinions relevant to the topic.

¹ Advogada. Especialista em Direito Público: Constitucional, Direito Tributário e Direito Administrativo. Formação em Compliance pela FGV. Mestranda em Direito, Sociedade e Tecnologias - Faculdades Londrina. Presidente da Comissão de Direito das Mulheres Advogadas da Subseção da Lapa/PR. Membro da Comissão da OAB/PR de Direito Público, de Direito da Saúde e de Direito Tributário. Rua Treze de Maio, 753, Lapa - PR. 041 99548-9630. tsuplicybarbosa@hotmail.com. <http://lattes.cnpq.br/6274725473738285>

² Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Pós-Doutorado pela Università degli Studi di Messina, UNIME, Itália. Professor do Mestrado em Direito, Sociedade e Tecnologia das Faculdades Londrina. OAB/PR 29510. Email: benfatti@hotmail.com



Keywords: Cryptoassets; Non-fungible tokens (NFTs); Regulation; Taxation; Bitcoin.

1. INTRODUÇÃO

As recentes inovações tecnológicas impulsionaram significativas transformações sociais, inaugurando uma era predominantemente digital e amplamente conectada. A gestão financeira, incluindo processos de transferências e pagamentos, tem evoluído de maneira contínua através da adoção crescente de sistemas digitais. De acordo com um estudo da Confederação Nacional dos Dirigentes de Varejo (CNDL) e do Serviço de Proteção ao Crédito (SPC Brasil), em colaboração com o Sebrae, o PIX emergiu como o método de pagamento mais popular no Brasil, ultrapassando métodos tradicionais como dinheiro físico (CNDL, 2022).

No contexto dessa transformação digital financeira e com a emergência de novas formas de pagamento eletrônico, as criptomoedas têm se destacado. Um estudo da Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV EESP, 2021) entrevistou 576 investidores de plataformas de investimento, revelando que 27,78% preferem investir em criptomoedas, posicionando-as como a terceira categoria mais popular, atrás apenas de ações e investimentos em renda fixa (FGV EESP, 2021).

Além disso, o mercado de criptoativos tem ganhado destaque com o surgimento de novos usos, como a compra de terrenos virtuais no metaverso e a aquisição de obras de arte NFT por figuras públicas. Os NFTs, acrônimo para "non-fungible tokens", atuam como um certificado de autenticidade digital, conferindo exclusividade a objetos digitais (PELLIZZARI, 2020). Segundo Pelizzari (2020), os NFTs contribuem para a criação de uma escassez na internet, oferecendo novos tipos de bens digitais exclusivos, algo anteriormente impensável.

A revolução digital tem trazido mudanças substanciais no comércio de produtos e serviços. Contudo, muitos ativos digitais, incluindo os NFTs, enfrentam um tratamento legal impreciso. O desafio moderno para o direito fiscal é como regular essa nova tecnologia disruptiva. A ausência de regulamentação específica por parte das autoridades fiscais, embora propicie um robusto crescimento econômico virtual, cria disparidades em comparação ao comércio físico tradicional, dificultando a tributação efetiva dessas novas tecnologias (VALADA, 2019).

Diante da situação exposta, a questão levantada pelo artigo é: qual abordagem de tributação para criptomoedas forneceria a melhor transparência e estabilidade legal na atualidade?

Nesse sentido esse estudo se propõe a questionar o sistema tributário brasileiro sobre sua capacidade de adaptar-se e responder aos desafios impostos pelas novas tecnologias, em especial no que se refere à tributação de NFTs. A pesquisa explora a competência tributária aplicável e visa apresentar os principais desafios na tributação de criptoativos/NFTs, investigando os limites impostos pelo sistema tributário brasileiro

O presente estudo consiste em um artigo descritivo onde se faz uso do método dedutivo e técnicas exploratórias tendo como base a análise de documentos acadêmicos, legislação nacional e literatura especializada para alcançar conclusões mais precisas sobre a tributação desses novos ativos digitais. O trabalho inicia com uma exploração conceitual sobre criptoativos, criptomoedas e NFTs, progredindo nas questões propostas e confrontando os desafios no âmbito do direito tributário.

2. CONTEXTO HISTÓRICO

2.1 Surgimento de criptoativos

Com o progresso global da tecnologia, diversas atividades socioeconômicas passaram a se valer da conveniência e rapidez oferecidas pela tecnologia digital. No contexto desses avanços, como a expansão da internet, transações virtuais e e-commerce, emergiram as criptomoedas. Estes ativos virtuais, criptografados através da tecnologia blockchain, operam em um ambiente de registros totalmente digitais. Os criptoativos ganharam destaque no mercado, especialmente com o advento do Bitcoin em 2008, que emprega a tecnologia blockchain para garantir segurança nas transações financeiras, proporcionando conveniência e eficiência em um setor descentralizado.

Atualmente, o Bitcoin representa a principal criptomoeda do mercado e tem sido a base para o desenvolvimento de outras moedas virtuais, marcando o início de uma nova era na economia digital. É importante destacar que, embora as criptomoedas mais conhecidas sejam os tokens não fungíveis (NFTs) e as próprias criptomoedas, o universo das criptomoedas também abrange stablecoins e finanças descentralizadas (DeFi). Os criptoativos, utilizando ativos eletrônicos virtuais, servem como meios de investimento ou especulação, transferência de valor, ou mesmo acesso a serviços,

através da tecnologia blockchain. Este texto explorará em detalhes os criptoativos e os conceitos associados a eles.

2.2 Criptoativos no e-commerce

Frente aos avanços tecnológicos globais, novos modelos inovadores estão acelerando e facilitando as operações nos negócios virtuais, catalisando transformações significativas no setor digital. Neste cenário, o comércio eletrônico e os criptoativos se destacam por sua atuação no mercado digital e emergência como tecnologias disruptivas que aprimoram o mercado de negócios e as transações econômicas.

O comércio eletrônico, definido pelo Sebrae (2016) como uma atividade que estabelece uma conexão eletrônica entre empresas e clientes para facilitar a venda de produtos ou serviços, e por Parente (2000) como um formato de varejo que opera pela internet permitindo que o consumidor finalize compras através de um sistema eletrônico interativo, atua como um facilitador para ambos, empresas e consumidores, permitindo a realização de transações sem barreiras físicas. Este tipo de comércio se classifica em categorias baseadas nas relações entre as entidades principais: empresas e consumidores.

De acordo com Baltzan e Phillips (2012), as transações no comércio eletrônico se manifestam primariamente em dois formatos de relacionamento: o intercâmbio de bens e serviços entre empresas (B2B) e entre empresas e consumidores (B2C). Dentre esses, o segmento B2B lidera globalmente em volume de vendas. Orendorff (2017) apontou que em 2017, as vendas do comércio eletrônico B2C alcançaram US\$ 2,3 trilhões globalmente, enquanto o B2B atingiu US\$ 7,7 trilhões, evidenciando uma discrepância significativa em capitalização de mercado e uma tendência de crescimento constante no setor.

A popularização da internet, como indicado pelo Sebrae (2016), teve impactos substanciais em diversos setores econômicos, especialmente no comércio, através do e-commerce. O e-business, descrito por Franco Jr (2006), engloba todas as atividades empresariais realizadas via internet, incluindo as relações comerciais fundamentadas no comércio eletrônico, definido pelo Sebrae como a atividade que conecta eletronicamente a empresa ao cliente para a venda de produtos ou serviços dentro da estratégia do e-business.

Assim como o e-commerce, o mercado de criptomoedas também surgiu dos avanços tecnológicos. Estas moedas digitais, cada vez mais presentes no mercado global, dependem de técnicas criptográficas para assegurar a criação e distribuição segura de valor em uma rede de computadores (BANK OF INTERNATIONAL SETTLEMENTS, 2015). Diferente das moedas tradicionais e não controladas por entidades centrais, as criptomoedas oferecem vantagens como imunidade à inflação das moedas nacionais, o que se alinha às características de velocidade, conveniência e segurança requeridas no comércio eletrônico e contribui para sua crescente relevância no mercado financeiro.

3. CARGA TRIBUTÁRIA

3.1 Sistema Tributário Brasileiro

Desde a década de 1950, o governo brasileiro liderou esforços para promover o desenvolvimento industrial do país, estabelecendo o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE) em 1952 para atrair capital estrangeiro através de incentivos financeiros e cambiais e transformar o imposto de importação em um instrumento de proteção à indústria nacional. Em 1959, com a fundação da Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (Sudene), começou a ser dado suporte sistemático ao desenvolvimento regional (REZENDE, 1993).

Conforme Rezende (1993), o apoio à industrialização e ao desenvolvimento regional resultou em um crescimento das despesas que superou o aumento das receitas. A despesa do Tesouro Nacional, que girava em torno de 8% do PIB no final dos anos 1940, subiu para 11% em 1957 e alcançou 13% do PIB no início dos anos 1960. Naquela época, o sistema tributário mostrava-se insuficiente até para manter a carga tributária que conseguia gerar na década de 1950. A inflação anual, que era de cerca de 12% em 1950, subiu para 29% em 1960, atingindo rapidamente 37% e 52% nos anos subsequentes, e saltou para 74% em 1963 (REZENDE, 1993).

Entre 1964 e 1966, foi gradualmente implantado um novo sistema tributário, com prioridade para medidas que contribuíssem imediatamente para a reabilitação das finanças federais e atendessem urgentemente às demandas de alívio tributário dos setores empresariais, que sustentavam politicamente o regime ditatorial iniciado em 1964. A administração fazendária federal foi reorganizada, o Imposto de Renda (IR) foi revisto, resultando em um aumento significativo de arrecadação, e o imposto de consumo foi reformulado, dando origem ao Imposto sobre Produtos

Industrializados (IPI). A Emenda Constitucional nº 18/65, com algumas modificações, foi incorporada ao texto da Constituição de 1967, e o Código Tributário (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966) marcou o fim dessas reformas (AFONSO, 1994).

Apesar da concessão intensa de incentivos fiscais, a carga tributária se manteve acima de 25% do PIB até 1978, com a União arrecadando cerca de 3/4 dos recursos e dispondo de aproximadamente 2/3 após transferências para estados e municípios. A partir de 1970, tornou-se evidente que a concessão de incentivos estava corroendo a receita excessivamente. Para reforçar as fontes de financiamento, o governo federal criou o PIS, uma contribuição para o Programa de Integração Social, marcando o ressurgimento da cumulatividade na tributação no país (REZENDE, 1993).

A proliferação dos incentivos fiscais enfraqueceu a capacidade de arrecadação e, a partir de 1975, o sistema tributário praticamente deixou de ser usado como ferramenta para novas políticas. As deficiências relacionadas à equidade se acentuaram, exigindo ajustes na legislação do IR em 1974, com o objetivo de mitigar a regressividade da tributação. Estados e municípios começaram a reagir ao baixo grau de autonomia, culminando na Emenda Constitucional nº 5/75, que aumentou os percentuais de recursos destinados ao FPE e ao FPM a partir de 1976 (OLIVEIRA, 1993).

O sistema tributário criado pela Constituição de 1988 foi resultado de um processo participativo, diferentemente do originado pela reforma dos anos 60, que foi elaborado por uma equipe técnica em gabinetes. Este processo foi marcado pela intensa participação dos constituintes e até mesmo da população, através das emendas populares. Os principais atores eram políticos, muitos com formação técnica e experiência executiva recente no governo, assistidos por um grupo de técnicos. As decisões, embora informadas tecnicamente, tiveram um caráter eminentemente político, facilitado pelo Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte, elaborado no início de 1987 (OLIVEIRA, 1994).

Após 1989, a transição para um novo sistema tributário enfrentou dificuldades devido à aceleração da inflação, com a carga tributária superando os níveis das décadas anteriores. O nível anormalmente alto de 1990 (29,6%) foi resultado do Plano Collor, que, através de medidas excepcionais e temporárias, possibilitou um aumento da receita federal e melhorou o desempenho da arrecadação nas três esferas de governo (PEREIRA, 1999).

O sistema tributário vigente tem sua base nos artigos 145 a 162 da Constituição Federal, que definem os princípios gerais da tributação nacional, as competências e limitações tributárias dos entes federativos, além da repartição das receitas tributárias arrecadadas (SANTOS, 2005). Os tributos podem ser classificados de acordo com a competência tributária, como federais, estaduais e municipais, ou de acordo com o Código Tributário Nacional, baseado no fato gerador: comércio exterior, produção/circulação e patrimônio/renda. Sob o aspecto econômico, há tributos diretos e indiretos. Nos diretos, os contribuintes "de fato" e "de direito" são os mesmos, enquanto nos indiretos, como os impostos sobre o consumo, os contribuintes "de fato" e "de direito" são representados por pessoas distintas, com o ônus financeiro sendo repassado pelo varejista ao consumidor final. Além de definir as competências tributárias, a Constituição Federal estabelece ainda as regras de transferência intergovernamental de recursos e de partilha de receitas tributárias (SANTOS, 2005).

Face à necessidade de tributação para levantar fundos destinados a despesas públicas em melhorias sociais, o sistema tributário brasileiro precisa se reinventar para se adequar melhor aos desafios contemporâneos. Com a ideia de proporcionar uma tributação adequada e, conseqüentemente, promover o desenvolvimento social e econômico do Brasil, existem Propostas de Emenda à Constituição (PEC), como as PECs 110/19, 45/19 e 7/20, que tratam de tributos sobre bens, serviços, renda, consumo e propriedade no país. A reforma tributária, portanto, pode gerar impactos positivos na produtividade e no crescimento do país.

Projetos de Lei, como o PL 4401/2021, que trata da prestação de serviços de ativos visuais, também surgem da necessidade de adequação do sistema tributário brasileiro às demandas sociais, especialmente diante do desenvolvimento tecnológico global e da utilização de ativos virtuais em transações econômicas. A inclusão de serviços de ativos virtuais na lista de instituições sujeitas às disposições regulatórias previstas em lei ajuda a regulamentar tais serviços, proporcionando mais segurança em sua atuação e facilitando a tributação dos serviços prestados, evitando que ativos virtuais sejam utilizados de forma ilegal e promovendo uma melhor segurança econômica no setor virtual. É importante destacar que, em 22 de dezembro de 2022, tal projeto de lei foi aprovado pelo Plenário, tornando-se a Lei 14.478/2022, que versa sobre o marco cripto e entrou em vigor em 2023, após 180 dias de sua publicação oficial. Este aspecto será analisado mais adiante no estudo (MORENO, 2017).

3.2 Tributação de criptoativos

Considerando que a definição de um criptoativo envolve múltiplas questões conceituais e que a terminologia é importante para a regulamentação de qualquer setor, é importante reconhecer as dificuldades em estabelecer uma terminologia adequada tanto para os consumidores quanto para o público em geral. Além disso, apesar de o ecossistema de criptoativos ter se desenvolvido há pouco mais de uma década, ele ainda é relativamente novo do ponto de vista legislativo e econômico, especialmente quando comparado a outros ativos cujos conceitos estão consolidados há décadas (GONÇALVES, 2019).

De acordo com Martins (2021) a regulamentação das transações com ativos digitais está em constante evolução, acompanhando a progressiva aceitação desses ativos nas transações financeiras realizadas globalmente. No Brasil, essa regulamentação ainda está em estágios iniciais, carecendo de definições mais específicas, principalmente no aspecto tributário, o que acarreta em incerteza jurídica e impacta negativamente no crescimento desse setor emergente no país.

Frente a essas dificuldades, as entidades fiscalizadoras do Brasil, tais como o Banco Central, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e a Receita Federal, têm trabalhado para criar e aplicar normas que promovam uma maior transparência e rastreio das transações envolvendo criptomoedas (MELO, 2021).

A Receita Federal, por exemplo, implementou a necessidade de declarar transações envolvendo criptomoedas por meio da Instrução Normativa RFB nº 1.888, de 2019, que solicita que as empresas de criptomoedas sediadas no Brasil comuniquem todas as atividades de seus clientes. Ademais, indivíduos e empresas residentes no país também devem reportar transações com criptomoedas que excedam determinados limites. Inicialmente, o órgão fiscal classificava esses ativos como moedas virtuais, assemelhando-as a instrumentos financeiros e, portanto, implicando que as transações com criptomoedas estão sujeitas à tributação de ganhos de capital, de acordo com a legislação vigente (MARTINS, 2021).

Neste contexto, o Banco Central do Brasil já se pronunciou sobre o tema, indicando que as empresas que negociam ou armazenam criptomoedas em nome de usuários não estão reguladas, autorizadas ou supervisionadas pelo Banco Central do Brasil. Atualmente, não existe um marco legal específico sobre moedas virtuais no Sistema Financeiro Nacional (BRASIL, 2017).

Antunes (2019) adiciona que, mesmo em mercados regulados e considerados seguros, ainda ocorrem fraudes e ilicitudes, situações que tendem a ser mais frequentes em ambientes desregulados. Isso resultou em ações restritivas em relação aos criptoativos no Brasil, como a decisão do juiz Victor Schmidt Figueira dos Santos, da 6ª Vara Cível de Curitiba, que limitou o valor de saques de criptoativos em uma corretora específica por suspeitas de atividades ilícitas.

Além disso, existe uma perceptível resistência aos criptoativos no Brasil, exemplificada pelo Projeto de Lei nº 2.303/2015, que propunha a criminalização do uso de criptoativos. Este tipo de notícia ou legislação proposta pode desencorajar a população brasileira de entender os criptoativos como algo legítimo, relegando-os à percepção de que são apenas ferramentas para atividades ilegais, o que não reflete a realidade de outros sistemas econômicos ou mercados financeiros (GONÇALVES, 2019).

O debate atual deve considerar se é desejável ou viável implementar uma regulamentação muito restritiva dos criptoativos e explorar alternativas de regulamentação que possam assegurar tanto a legalidade quanto o uso adequado desses ativos no Brasil. A Lei nº 14.478, sancionada no final de 2022, também conhecida como marco legal dos criptoativos, tem como objetivo regular o setor de criptoativos no Brasil e preencher as lacunas existentes para prevenir incidentes como a quebra da corretora FXT, a segunda maior de criptomoedas em 2022, no país.

Dessa forma, é de extrema importância que os indivíduos que possuem criptomoedas estejam cientes e sigam as exigências fiscais estabelecidas pela Receita Federal, de acordo com as regras da Instrução Normativa No 1.888/2019 (Brasil, 2019). Essa postura adotada pela Receita Federal ressalta a relevância de controlar e supervisionar as transações de criptomoedas dentro do âmbito tributário do Brasil.

3.2.1 Imposto de renda sobre criptoativos

De acordo com a Instrução Normativa 1899/2019 da Receita Federal, os criptoativos são definidos como representações digitais de valor, nomeadas em suas próprias unidades de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda nacional ou estrangeira. Eles são transacionados eletronicamente utilizando criptografia e tecnologias de registro distribuído, podendo ser usados como forma de investimento, meio de transferência de valores ou para acessar serviços, e não são considerados moeda de curso legal (BRASIL, 2019).



Nessa mesma normativa, a Receita Federal define uma "exchange" de criptoativos como a entidade jurídica, não necessariamente financeira, que oferece serviços relacionados a operações com criptoativos, incluindo intermediação, negociação ou custódia. Essas exchanges podem aceitar diversos meios de pagamento, incluindo outros criptoativos (BRASIL, 2019).

Apesar de não existir uma regulamentação plenamente estabelecida, a Receita Federal exige que os lucros obtidos na venda de criptoativos sejam declarados para fins de tributação no Imposto de Renda (IR). Investimentos em criptomoedas acima de R\$5 mil necessitam ser reportados no IR, enquadrando-se na categoria de bens e direitos. Para transações de venda que excedam R\$35 mil por mês, há incidência de imposto sobre o ganho de capital. A alíquota varia conforme o ganho líquido mensal, sendo de 15% para valores até R\$5 milhões, 17,5% para ganhos entre R\$5 milhões e R\$10 milhões, e 20% para ganhos acima de R\$10 milhões (EXAME, 2022). As criptomoedas, como ativos financeiros, devem ser declaradas no Imposto de Renda como qualquer outro investimento, classificadas como "Bens e direitos" no grupo "Criptoativos", e o valor a ser declarado deve ser o de aquisição do ativo (EXAME, 2022).

3.3 Tributação de NFTS no Brasil

De acordo com a definição apresentada neste estudo, os NFTs são caracterizados por três aspectos principais: (i) eles são parte de uma cadeia de blockchain, onde cada bloco valida as informações do bloco anterior, garantindo a integridade e a veracidade do histórico de transações, tornando o NFT um registro duradouro e confiável de propriedade para seu detentor; (ii) são únicos e não fungíveis, ou seja, não podem ser substituídos; e (iii) representam direitos sobre propriedades, sejam elas físicas ou digitais (JUCA, 2019).

Este tema é economicamente significativo, mas a tributação dos NFTs ainda enfrenta desafios devido à lentidão do direito tributário em se adaptar às inovações. Um exemplo é a longa discussão sobre a tributação do software, que começou em 1994 e só foi resolvida em 2021 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que classificou o licenciamento de software como uma obrigação de fazer, sujeita à incidência do ISS (ALBUQUERQUE, 2018).

Existe um projeto de lei em andamento, o Projeto de Lei nº 4.207/2020, que visa definir juridicamente o NFT. No entanto, como esse projeto ainda está em

tramitação no Senado e não foi aprovado, a definição legal para NFTs ainda não está estabelecida. A Receita Federal exige que os operadores de criptoativos reportem suas transações conforme a Instrução Normativa nº 1.888/19, que também estipula penalidades para o não cumprimento, como multa de 3% sobre o valor da transação para pessoas jurídicas (EXAME, 2022).

Na falta de uma legislação específica sobre NFTs, a tributação deve seguir as normas existentes. A Receita Federal, por meio da Instrução Normativa RFB nº 1.888/2019, regulamentou a obrigação de informar operações com criptoativos, incluindo NFTs. Esta normativa foi posteriormente modificada pela Instrução Normativa RFB nº 1.899 de 10 de julho de 2019, que detalhou ainda mais a prestação de informações sobre transações com criptoativos (RIES; OLIVEIRA, 2022). No contexto do Imposto de Renda, os NFTs são classificados como “Bens e direitos”, semelhante às criptomoedas e outros investimentos, com um código específico, o 88, a partir de 2022. Deve-se usar o valor de aquisição do ativo como base para declaração.

4. METODOLOGIA

Este artigo emprega uma abordagem qualitativa e exploratória para analisar a tributação digital no Brasil, com ênfase nos desafios e perspectivas da tributação de criptoativos, especialmente os tokens não fungíveis (NFTs). A pesquisa fundamenta-se na análise de fontes acadêmicas, documentos legais, jurisprudência e regulamentações governamentais relativas à tributação de ativos digitais.

A metodologia escolhida compreende as seguintes etapas:

1. **Revisão Bibliográfica e Documental:** Realizou-se uma análise detalhada de estudos acadêmicos, artigos jurídicos, teses, livros, e relatórios sobre a evolução da tributação digital e o surgimento dos criptoativos. Paralelamente, foram analisados documentos legais, leis, instruções normativas, decisões judiciais e posicionamentos de órgãos governamentais pertinentes ao tema.
2. **Análise de Normas e Legislações Vigentes:** O artigo revisou a legislação brasileira atual sobre tributação, identificando normas específicas relacionadas à tributação de criptoativos e NFTs, como a Instrução Normativa RFB nº 1.888 de 2019. A revisão normativa foi crucial para

compreender o contexto regulatório e as lacunas existentes no âmbito tributário para ativos digitais.

3. **Estudo de Casos Práticos e Doutrina:** A partir da análise de casos práticos e doutrinários, buscou-se compreender como a tributação dos criptoativos é aplicada no Brasil e quais são os desafios enfrentados. Isso permitiu explorar como a legislação e a jurisprudência brasileira se adaptam ao avanço da tecnologia e à inovação no campo financeiro.
4. **Método Dedutivo e Exploratório:** A pesquisa segue um método dedutivo, partindo de conceitos gerais sobre tributação digital para questões mais específicas relacionadas aos NFTs. Além disso, a abordagem exploratória permitiu identificar novas tendências e práticas fiscais que têm surgido no contexto da economia digital.
5. **Análise Comparativa Internacional** (opcional): Foram feitas comparações com sistemas tributários internacionais para fornecer um contexto global e verificar como outros países estão lidando com os desafios fiscais impostos pelos ativos digitais.

Por meio dessas etapas, o artigo busca compreender como o sistema tributário brasileiro está estruturado para tributar criptoativos e NFTs, destacando as oportunidades e desafios enfrentados nesse cenário inovador e em constante evolução.

5. ANÁLISE DO OBJETIVO DO ESTUDO

O objetivo principal deste estudo é analisar os desafios e perspectivas da tributação digital no Brasil, com foco especial na regulação e tributação de criptoativos e tokens não fungíveis (NFTs). Este objetivo é explorado a partir da compreensão da rápida evolução tecnológica que impacta diretamente o sistema tributário, ao introduzir novas formas de ativos digitais e transações que demandam regulamentação fiscal adequada.

5.1 Contextualização do cenário tecnológico e fiscal

O avanço das tecnologias financeiras (FinTech) e a disseminação de criptoativos, como Bitcoin e NFTs, transformaram significativamente a economia digital. O objetivo de compreender a tributação desses ativos é crucial, pois eles apresentam características únicas que desafiam a aplicação das normas tributárias

tradicionais, como a descentralização, anonimato e a capacidade de transações globais e instantâneas.

Ao abordar esses temas, o estudo objetiva identificar as principais dificuldades enfrentadas pelo sistema tributário brasileiro na tributação desses ativos. Isso envolve analisar a legislação atual, a jurisprudência existente e a falta de regulamentação específica para ativos digitais, a fim de entender como o Estado pode agir para equilibrar a necessidade de arrecadação fiscal com o incentivo à inovação tecnológica e ao crescimento do mercado digital.

5.2 Necessidade de regulamentação específica

A análise do estudo também se volta à necessidade de uma regulamentação clara e específica para criptoativos e NFTs no Brasil. Diante do crescimento exponencial dessas tecnologias e sua crescente aceitação como forma de investimento e pagamento, o estudo busca propor caminhos que visem à transparência fiscal, segurança jurídica e maior eficiência na arrecadação de impostos, sem sufocar a inovação e o desenvolvimento do setor digital.

5.3 Abordagem propositiva para a tributação de criptoativos e NFTS

Outro objetivo do estudo é propor alternativas viáveis para a tributação de criptoativos e NFTs, avaliando como a legislação tributária pode evoluir para lidar com as características únicas desses ativos. Isso inclui explorar modelos tributários que sejam eficientes e proporcionem segurança jurídica para os contribuintes, promovendo um ambiente favorável ao desenvolvimento tecnológico e econômico.

A análise destaca que a abordagem ideal para a tributação de ativos digitais deve buscar equilíbrio entre a necessidade de tributar essas novas formas de valor e a importância de fomentar a inovação e competitividade no mercado brasileiro. Para isso, o estudo propõe critérios para uma regulamentação tributária adequada, que considere a natureza descentralizada e global desses ativos, além de sua valorização e transacionabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os criptoativos têm experimentado uma expansão constante e são definidos como ativos virtuais que empregam sistemas de criptografia avançados e são negociáveis através de corretoras em todo o mundo. Essa tecnologia, que inicialmente

impulsionou as criptomoedas, também facilitou o surgimento dos NFTs. Este estudo demonstra que, enquanto as criptomoedas são consideradas ativos fungíveis, substituíveis por outros da mesma qualidade e quantidade, os NFTs são distintamente únicos e irreplicáveis. Cada NFT tem características próprias que representam itens exclusivos, sejam eles tangíveis ou intangíveis, e podem ser comercializados livremente.

O foco deste estudo recai sobre a tributação dos NFTs, particularmente no que tange ao cálculo do ganho de capital obtido com suas vendas. Esses ganhos devem ser declarados tanto por indivíduos quanto por entidades jurídicas como parte de criptoativos. Para evitar a perpetuação da insegurança jurídica prevalente neste setor, é importante padronizar e detalhar as normas aplicáveis, dado que as transações com NFTs e outros ativos virtuais estão se tornando cada vez mais comuns na economia, especialmente com o advento de novas plataformas digitais.

Este estudo também aponta para os desafios de supervisão em um ambiente descentralizado que os criptoativos enfrentam, e sugere que regulamentações claras poderiam facilitar uma tributação apropriada do setor. Pode-se considerar a possibilidade de implementar tributações específicas para criptoativos e NFTs, além dos impostos sobre ganhos de capital atualmente aplicáveis, dependendo do montante envolvido. A tributação de criptoativos no Brasil poderia não apenas ser um meio de captar recursos para reinvestimento no país, mas também um método para deter atividades ilícitas.

Além disso, os NFTs e outros criptoativos devem enfrentar mudanças significativas em termos de adoção, utilização, regulamentação e tributação no cenário global. Uma reavaliação jurídica atualizada e com perspectiva futura é necessária para enfrentar os desafios que o sistema legal pode encontrar, garantindo segurança e minimizando riscos através de uma regulação adequada. É essencial ser cauteloso com a implementação futura da lei nº 14.478, sancionada no final de 2022, e entender suas implicações práticas.

As diretrizes da Receita Federal acerca da taxação das criptomoedas infringem os preceitos constitucionais da legalidade e tipicidade tributária, além de irem de encontro a decisões do CARF e do Superior Tribunal de Justiça.

Logo, conclui-se que a tributação das criptomoedas, tanto pelo IRPF quanto pelo IRPJ, é inconstitucional, uma vez que o conceito de renda deve ser retirado da Constituição, que delimita os termos essenciais e orienta a atividade tributária no país.



Entre os desafios relacionados à taxação de criptomoedas no Brasil estão a determinação da natureza jurídica das criptomoedas, a identificação das bases de cálculo e momentos para a taxação, bem como a criação de mecanismos eficazes de controle e fiscalização. Por sua vez, as perspectivas indicam a urgência de uma regulamentação clara e abrangente que garanta a segurança jurídica e a arrecadação de impostos de forma equitativa.



REFERÊNCIAS

AFONSO, J.R.R. **Descentralização fiscal na América Latina**: estudo de caso do Brasil. Rio de Janeiro: Cepal/CEPP, 1994.

ALBUQUERQUE, Bruno Saboia de; CALLADO, Marcelo de Castro. "**Understanding bitcoins: Facts and questions**". Revista Brasileira de Economia, v. 69, n. 01, mar. 2015, pp. 03-16. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbe/a/m7qYv3BQjzHdpg9sBJ9SxLp/?lang=en&format=pdf>>. Acesso em: 15, ago. 2024. .

ANTUNES, IGOR COELHO. **Tributação e justiça distributiva: propostas de reforma tributária no legislativo brasileiro**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Social da Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES) como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Desenvolvimento Social. Disponível em: <<https://www.posgraduacao.unimontes.br/uploads/sites/20/2019/05/Igor-Coelho-Antunes-Ribeiro.pdf>>. Acesso em: 15, ago. 2024.

BALTZAN, Paige; PHILLIPS, Amy. **Sistemas de informação: e-Government e M-Commerce: conheça as tendências do e-Business**. 1. ed. Porto Alegre: AMGH Editora Ltda, 2012.

BANK OF INTERNATIONAL SETTLEMENTS. **Digital currencies**. 2015. Disponível em: <<https://www.bis.org/cpmi/publ/d137.pdf>>. Acesso em: 15, ago. 2024.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496301/000958177.pdf>>. Acesso em: 15, ago. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/-constituicao.htm>. Acesso em: 15, ago. 2024.

BRASIL. Governo Federal. **90% dos lares brasileiros já tem acesso à internet no Brasil, aponta pesquisa**. 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2022/setembro/90-dos-lares-brasileiros-ja-tem-acesso-a-internet-no-brasil-aponta-pesquisa>>. Acesso em: 15, ago. 2024..

BRASIL. **Instrução Normativa nº 1.888**, de 3 de maio de 2019. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/instrucao-normativa-n-1.888-de-3-de-maio-de-2019-87070039>>. Acesso em: 15, ago. 2024..

BRASIL. **Instrução Normativa nº 1.899**, de 10 de julho de 2019. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/instrucao-normativa-n-1.899-de-10-de-julho-de-2019-191678352>>. Acesso em: 15, ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.478**, de 21 de dezembro de 2022. Dispõe sobre diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais. 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14478.htm>. Acesso em: 15, ago. 2024.

CNDL. **PIX se consolida como meio de pagamento mais utilizado**. Disponível em: <<https://cndl.org.br/varejosa/pix-se-consolida-como-meio-de-pagamento-mais-utilizado/>>. Acesso em: 15, ago. 2024.

CONJUR. **Lei que regula mercado de criptomoedas é sancionada por Bolsonaro**. 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-dez-22/lei-regula-mercado-criptomoedas-sancionada-bolsonaro>>. Acesso: 15, ago. 2024.

EXAME. **Como é a tributação de criptomoedas?** 2022. Disponível em: <<https://exame.com/invest/guia/como-e-a-tributacao-de-criptomoedas/>>. Acesso em: 15, ago. 2024.

FGV EESP; HASHDEX. **1º Release da Pesquisa Cripto**. 2021. Disponível em: <<https://www.hashdex.com.br/pesquisa-cripto-2021#form-download-report/>>. Acesso em: 15, ago. 2024.

FRANCO JR., Carlos F. **E-Business na Infoera: O Impacto da Infoera na Administração de Empresas**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006.

INTERNATIONAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD (IASB) - **Conceptual framework for financial reporting**. 2018.

JUCA, Mayanna Hora. **O que é moeda? A validade da bitcoin à luz da teoria póskeynesiana** (2008-2019). Mestrado em Economia. Universidade Federal de Alagoas. 2019. (137 f.) Disponível em: <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=7961329> Acesso em: 15, ago. 2024.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Tributação e Novas Tecnologias**. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). Tributação e Novas Tecnologias. São Paulo: Foco, 2021.

MELO, José Eduardo Soares de. **Tributação e Novas Tecnologias**. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). Tributação e Novas Tecnologias. São Paulo: Foco, 2021.



MORENO, Suzana Mesquita de Borba Maranhão. **A bitcoin e seu impacto para a sociedade e para o setor financeiro**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Ciências Econômicas. Unisul - Universidade do Sul de Santa Catarina, Palhoça, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/-ANIMA/7997>>. Acesso em: 15, ago., 2024.

OLIVEIRA, F.A. de. **A desordem fiscal e os caminhos para uma nova reforma do sistema tributário**. Campinas: Unicamp/IE, 1993.

ORENDORFF, Aaron. **Global Ecommerce: Statistics and International Growth Trends [Infographic]**. Global Economics, jan. 2017. Disponível em: <<https://www.shopify.com/enterprise/global-ecommerce-statistics>>. Acesso em: 15, ago. 2024.

PARENTE, Juracy. **Varejo no Brasil: Gestão e estratégia**. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

PELLIZZARI, Bruno Henrique Miniuchi. **Desafios para a regulamentação de criptomoedas como meio de pagamento e a desestatização do dinheiro na Sociedade da Informação**. Dissertação de Mestrado – Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação, São Paulo, 2020.

PEREIRA, Ivone R., **A Tributação na História do Brasil**, São Paulo: Moderna, 1999.

REZENDE, F. **A metamorfose do estado**. São Paulo: Edições Abag, 1993.

RIES, Daianne da Silva; OLIVEIRA, Ricardo Marty Claro. Desdobramentos tributários em relação às operações com NFTs. **Revista Consultor Jurídico**. 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-mai-19/ries-oliveira-desdobramentos-tributarios-nfts>>. Acesso em 15, ago. 2024.

SANTOS, Cairon, **Reforma Tributária para um Brasil novo**, São Paulo: AB, 1998.

SEBRAE. **Uma breve definição sobre o comércio online**. Disponível em: <<https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/uma-breve-definicao-sobre-o-comercio-online,08cfa5d3902e2410VgnVCM100000b272010aRCRD>>. Acesso em: 15, ago. 2024.

SENADO, Agência. **Regulamentação do mercado de criptomoedas é sancionada**. 2022. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/12/22/-regulamentacao-do-mercado-de-criptomoedas-e-sancionada>>. Acesso em: 15, ago. 2024.



VALADA, Larissa Camila. **Que futuro para a tributação do comércio eletrônico?** 2019. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019.



O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME MILITAR DE FURTO DE MUNIÇÃO

THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE IN THE MILITARY CRIME OF AMMUNITION THEFT

Flávia Jeane Ferrari¹

Douglas Angelo Ferrari²

Resumo: Os princípios demandados do direito penal militar vigente, em especial os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade, têm levado a Justiça Militar da União a admitir a conjectura da teoria do princípio da insignificância em relação ao crime militar de furto de munição. Este trabalho explora as peculiaridades da aplicação da referida teoria ao crime militar em comento e seus reflexos para a regularidade das instituições militares.

Palavras-Chave: Crime militar. Furto. Munição. Princípio da insignificância.

Abstract: The principles demanded by current military criminal law, in particular the principles of subsidiarity and fragmentation, have led the Union Military Court to admit the conjecture of the theory of the principle of insignificance in relation to the military crime of ammunition theft. This work explores the peculiarities of the application of this theory to the military crime in question and its reflexes for the regularity of the military institutions.

Keywords: Military crime. Theft. Ammunition. Principle of insignificance.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende explorar as peculiaridades da aplicação da teoria do princípio da insignificância aos casos de crime militar de furto de munição.

Os deprecados do direito penal que admitem essa seara do direito como *ultima ratio* para a solução dos conflitos sociais, têm gerido a Justiça Militar da União a aceitar a tese do princípio da insignificância no crime militar em tela. Isso se deve à evolução do pensamento pós-positivista estabelecido com o advento da Constituição da República no ano de 1988.

¹ Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba-UNICURITIBA. Possui especializações nas áreas de Educação 4.0; Direito Público; Direito Militar; Processo Civil; Direito Ambiental; Direito do Trabalho e Ministério Público - Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público - FEMPAR em parceria com a Universidade Positivo. Professora Universitária. Professora Contendista. Professora de pós graduação. Registro ORCID: 0000-0002-3990-7633. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1064406440921045>>.

² Possui graduação em Gestão Pública pelo Centro Universitário Internacional (2017), especialização em Direito público pela Faculdade Legale(2020), especialização em Segurança pública pela FACULDADE UNINA(2020) e especialização em Direito Penal e Processo Penal pela FACULDADE UNINA(2022). Atualmente é Policial Militar da Polícia Militar do Paraná. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/6162042230506144>>.

Nota-se que o direito penal dirigido pelos princípios da subsidiariedade e a fragmentariedade, transfigura-se no mais intenso instrumento normativo de regulação social, ou seja, dessa forma, sua aplicação deve surgir em caso de extrema necessidade, somente quando o fato delituoso não comportar admoestação em outra esfera jurídica, sendo de modo eminente imprescindível a efetiva violação do bem jurídico tutelado.

Por outro lado, há que se considerar que a mesma Epístola Constitucional que inaugurou no Brasil o pensamento acima sintetizado, previu em seu art. 142, que as Forças Armadas são instituições regulares e permanentes cujas bases institucionais se sustentam na hierarquia e na disciplina, o que o direito penal militar trata como sendo a “regularidade das instituições militares”.

À medida que se admite a aplicação da teoria do princípio da insignificância no crime militar de furto de munição, há consideráveis reflexos que atingem os supracitados pilares institucionais militares.

Isso porque de acordo com o entendimento jurisprudencial consolidado, o princípio da insignificância requer a presença cumulativa de quatro vetores para afastar a tipicidade penal, sendo elas: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a inexistência de periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

A essência da discussão gira em torno de se estabelecer um limite sobre a conduta do agente, para verificar se afigura ou não, penalmente relevante em razão da res furtiva envolver munição e cartuchos das Forças Armadas, por conseguinte, de uso restrito.

Além disso, a pesquisa será descritiva e dedutiva, desenvolvida apenas com a parte teórica. A pesquisa teórica, por sua vez, será do tipo bibliográfica e se baseará na doutrina, jurisprudência e legislação vigente.

Em segundo lugar, a contribuição teórica que se almeja atingir com a elaboração deste trabalho reside na possibilidade de sugerir modificações relacionadas com a realidade em questão e ainda a probabilidade de descoberta de soluções para casos gerais e/ou particulares.

Por fim, esta pesquisa foi desenvolvida sob a perspectiva qualitativa de caráter exploratório, tendo como objetivo levantar as informações necessárias para se familiarizar com a temática em andamento.

2. O PENSAMENTO CONSTITUCIONAL E SUA INFLUÊNCIA NOS PRINCÍPIOS

Após a Segunda Guerra Mundial, na Europa Ocidental após o novo pensamento constitucional, também denominado como neoconstitucionalismo ou pós positivismo, redefiniu o lugar da Constituição e sua influência sobre as instituições contemporâneas.

No Brasil, por outro lado, tal fenômeno teve início a partir da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988.

Segundo o Barroso (2006, p. 30-31), três grandes transformações no plano teórico subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional contemporâneo, sendo: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Nesse passo, o referido jurista salienta que:

O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo (v. supra). Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance. (BARROSO, 2006, p. 36)

Assenta, aqui, lembrar a lição externada pelo autor Mello, no sentido de que:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, 1994, p. 451)

Nesse caso, guiado por esse viés interpretativo, Capez adverte para o fato de que:

Os princípios constitucionais e as garantias individuais devem atuar como balizas para a correta interpretação e a justa aplicação das normas penais, não se podendo cogitar de uma aplicação meramente robotizada dos tipos incriminadores, ditada pela verificação rudimentar da adequação típica

formal, descurando-se de qualquer apreciação ontológica do injusto. (CAPEZ, 2012, p. 27)

Pois bem, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, dispõe que o Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Trata-se de princípio dotado de denso conteúdo axiológico e força reitora da atuação de todos os demais ramos do direito pátrio.

Por sua vez, o autor Bonavides (2008, p. 254-295) afirma que “os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as regras, sendo, também, normas, têm, contudo, grau relativamente baixo de generalidade”. Restando claras as influências dos princípios constitucionais que norteiam nosso direito penal militar.

3. DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

Pode se afirmar que os princípios do Direito Penal admitem essa seara do direito como *ultima ratio* para a solução dos conflitos sociais.

Isso se deve ao desdobramento lógico do princípio da dignidade da pessoa humana inserto na Constituição Federal.

Ressalte-se que para Capez (2012, p. 39), “a intervenção mínima e o caráter subsidiário do Direito Penal decorrem da dignidade da pessoa humana, pressuposto do Estado Democrático de Direito, e são uma exigência para a distribuição mais equilibrada da justiça”.

Não se pode deixar de evidenciar, também que nessa esteira estão ajustados os princípios postulados de direito penal que pressupõem que sua aplicação deve insurgir em caso de extrema necessidade, somente quando o fato delituoso não comportar a admoestação em outra esfera do saber jurídico, sendo de modo eminente a efetiva violação do bem jurídico tutelado.

Além disso, para o referido jurista os princípios da subsidiariedade e fragmentariedade, sintetizam o âmbito de incidência do direito penal, do seguinte modo:

Somente haverá Direito Penal naqueles raros episódios típicos em que a lei descreve um fato como crime; ao contrário, quando ela nada disser, não haverá espaço para atuação criminal. Nisso, aliás, consiste a principal proteção política do cidadão em face do poder punitivo estatal, qual seja, a de que somente poderá ter invadida sua esfera de liberdade, se realizar uma

conduta descrita em um daqueles raros pontos onde a lei definiu a existência de uma infração penal. (CAPEZ, 2012, p. 36)

3.1 Princípio da Subsidiariedade

A palavra subsidiariedade tem origem no latim *subsidium afferre*, que significa “prestar ajuda”, oferecer proteção.

O princípio da subsidiariedade surgiu com as propostas liberais e neoliberais, as quais buscam limitar um estado intervencionista e passam a defender um estado subsidiário, regulador, fiscalizador.

Dentre as principais causas dessa ocorrência por subsidiariedade entende-se que a atuação do direito penal deve se restringir à proteção dos bens jurídicos mais importantes e necessários à vida em sociedade.

Por outro lado, também denominado de intervenção mínima, prevê que quando as demais áreas do Direito se revelarem incapazes de proteger os interesses mais importantes da vida em sociedade, o Direito Penal deverá intervir, evidenciando o seu caráter subsidiário de proteção aos bens jurídicos.

Para o autor Greco (2006, p.53-74), o caráter subsidiário do Direito Penal, segundo o qual o Direito Penal deve funcionar como um “executor de reserva”, ou seja, só deve intervir quando os demais ramos do Direito se mostrarem insuficientes e ineficazes para a proteção da ordem pública.

Por fim, observa-se que o princípio da subsidiariedade é utilizado quando não há necessidade da aplicação de um organismo tão atinado e enérgico como o Direito Penal, quando se pode alcançar o mesmo resultado mediante a utilização de regras de um sistema menos intervencionista, violento e opressor.

3.2 Princípio da Fragmentariedade

O princípio da fragmentariedade, por sua vez, informa que, de toda a sorte de condutas vedadas ou impostas e de bens protegidos pelo ordenamento jurídico, o Direito Penal somente se ocupa de fragmentos pequenos.

Para o autor Capez (2012, p. 36), ilustra essa ideia ao dizer que “trata-se de um gigantesco oceano de irrelevância, pontestado por ilhas de tipicidade, enquanto o crime é um naufrago à deriva, procurando uma porção de terra na qual possa chegar”.

Corroborando com o exposto, o autor Mirabete afirma o que segue:

O ordenamento positivo, pois, deve ter como excepcional a previsão de sanções penais e não se apresentar como um instrumento de satisfação de situações contingentes e particulares, muitas vezes servindo apenas a interesses políticos do momento para aplacar o clamor público exacerbado pela propaganda. Além do mais, a sanção penal estabelecida para cada delito deve ser aquela “necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”, evitando-se o excesso punitivo sobretudo com a utilização abusiva da pena privativa de liberdade. Essas ideias, consubstanciadas no chamado princípio da intervenção mínima, servem para inspirar o legislador, que deve buscar na realidade fática o substancial deve-ser para tornar efetiva a tutela dos bens e interesses considerados relevantes quando dos movimentos de criminalização, neocriminalização, descriminalização e despenalização. (2006, p.108)

Pois bem, pode-se afirmar que o princípio da fragmentariedade serve de fundamento para o Princípio da Insignificância, na medida em que este último objetiva retirar a tipicidade de condutas que tenham como resultado lesões mínimas, restringindo, desta forma, a órbita do Direito Penal.

Portanto, o princípio da fragmentariedade busca orientar o legislador a criar tipos penais com a finalidade de proteger certos bens jurídicos necessários à vida castrense, como os valores fundamentais para proteção e manutenção da sociedade e ainda, descriminalizar quando a tutela penal não é imperativa.

4. O DIREITO PENAL MILITAR COMO RAMO ESPECIALIZADO DO DIREITO PENAL

O princípio da insignificância, originário do Direito Romano, baseia-se no brocardo de *minimis non curat praetor*³, ou seja o pretor não cuida de coisas pequenas.

Em princípio o legislador procura e deve eleger os bens mais importantes para a vida em sociedade, elevando-os à categoria de bens jurídicos e, para tutelá-los, emite uma norma, qual se consolida em um tipo penal.

Como se nota, a tipicidade penal requer que a conduta, além de enquadrar-se no tipo legal, viole a norma de proteção e afete o bem jurídico. Não se idealiza, dessa forma, a existência de conduta típica que não dissimule o bem jurídico, pois que os tipos penais nada mais são que manifestações de tutela jurídica destes bens.

Verifica-se a tipicidade material quando a conduta delitiva for ofensiva a bens de relevo para o Direito Penal, ficando afastados aqueles considerados inexpressivos.

³ O pretor não cuida de coisas pequenas.

Para o autor Francisco de Assis Toledo (1994, p. 133) “o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não se deve ocupar de bagatelas”.

Portanto, não merecem a intervenção Estatal, sob a égide do direito penal, aquelas situações em que não houver afetação do bem jurídico, seja sob a forma de dano (ou lesão) seja sob a forma de perigo (ameaça de lesão).

É evidente que nesse contexto, de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, o princípio da insignificância, decorrente da dignidade da pessoa humana, requer a presença cumulativa de quatro requisitos (vetores) para afastar a tipicidade penal, sendo: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a inexistência de periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

No Direito Penal Militar, por sua vez, o princípio da insignificância tem aplicação mais restrita em face de sua especialidade e, sobretudo, em razão da conduta que produz o resultado dos bens jurídicos tutelados, cuja desvalorização represente prejuízo importante na vida castrense.

5. O CRIME MILITAR DE FURTO E SUAS PECULIARIDADES

Em princípio, alguns estudiosos do Direito Penal Militar divergem quanto à classificação deste campo do direito havendo duas grandes correntes.

A primeira grande corrente classifica o Direito Penal Militar como um ramo especializado do Direito Penal em evidente conflito com aqueles que defendem a sua total autonomia dentro da ciência criminal sobretudo por não se sujeitar às disposições da parte geral do Código Penal comum.

Segundo o autor Faria (2012, p. 20) a especialidade do Direito Penal Militar transcorre da natureza dos bens jurídicos tutelados, principalmente a autoridade, a disciplina, a hierarquia, o serviço, a função e o dever militar, que podem ser sintetizados na expressão “regularidade das instituições militares”.

O aludido jurista complementa ainda a ideia amparado na razão da escolha política do Constituinte em definir a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar os crimes militares definidos em lei podendo-se afirmar que o Direito Penal Militar é especial e não excepcional.

Em segundo lugar, desenvolvendo a mesma linha de raciocínio, o autor Roth (2003, p. 52) analisa que a condição especial da justiça militar vem justificada na

Constituição quando esta deliberou a competência daquela de julgar os crimes militares definidos em lei, resultando um Lei de Organização Judiciária Militar, que existe no plano Federal e de maneira autônoma em cada unidade da federação, isto é, há um Código Penal Militar e um Código de Processo Penal Militar com aplicação na Justiça Militar Estadual e Federal.

Por outro lado, o autor Lobão (2006, p. 36) finda que o Direito Penal Militar é especial em razão do bem jurídico tutelado, e das instituições militares, especificamente na disciplina e hierarquia, do serviço e do dever militar, majorados da condição de militar dos sujeitos do delito. Dessa forma, seriam delitos especiais apenas os crimes especiais, apesar de serem julgados por órgãos especiais constitucionalmente previstos, em razão de circunstâncias expressas na lei, tais delitos não se especializam e permanecem sendo crimes comuns.

Conclui-se, portanto que, as lições supratranscritas, que a norma penal militar é um ramo do Direito Especial, logo a Justiça Militar é uma Justiça Especial, só que dotada de características e regramentos próprios que muitas vezes são tratados de forma igual ou semelhante aos do Direito Penal e Processual Comum e, em outras situações, aventados especificamente como disciplina própria.

6. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL MILITAR

É concreto afirmar que o princípio da insignificância tem aproveitamento restrito no campo do Direito Penal Militar em face de sua especialidade e, sobretudo, em razão dos bens jurídicos tutelados na vida castrense.

Como se nota, o entendimento assentado pelo Superior Tribunal Militar (STM) orienta-se pela vedação da incidência do princípio da insignificância em crimes militares, conforme se ressalta:

Embargos. Furto. Princípio da insignificância. A tese da insignificância, consubstanciada na inexpressividade do valor da "res furtiva", é repelida pela consolidada jurisprudência castrense, haja vista que, em se tratando de crime militar, o bem jurídico tutelado está representado pela hierarquia e disciplina, primordialmente. Rejeitados os embargos. Decisão majoritária. (STM, Ação Penal nº 2005.01.049521-9, Publicação: 14/03/2006)
APELAÇÃO. DPU. SUBTRAÇÃO DE COMBUSTÍVEL NO INTERIOR DE ORGANIZAÇÃO MILITAR. FURTO TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ATENUANTES DA CONFISSÃO E DE RELEVANTE VALOR MORAL OU SOCIAL DO CRIME. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. INEXISTÊNCIA DE EXCLUDENTES DE ILICITUDE E DE CULPABILIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. (STM, Ação Penal nº 122-41.2015.7.11.0211, Publicação: 27/09/2017)

No mesmo sentido, entendeu aquela Corte que:

RECURSO CRIMINAL. PECULATO-FURTO. ATIPICIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DECISÃO REFORMADA. Acusado que se utiliza de meios materiais e humanos do Exército para realizar a subtração de um armário pertencente à Fazenda Nacional. O bem jurídico tutelado nos delitos de peculato-furto é a Administração Pública e o dever de fidelidade que devem ter os funcionários públicos. Sendo a lesão patrimonial apenas secundária, não deve ser aplicado o princípio da insignificância. Recurso conhecido e provido. Decisão unânime. (STM, Ação Penal nº 2003.01.007062-7, Publicação: 09/04/2003)

Por outro lado, em que incidam as restrições no âmbito penal militar, em alguns casos, o Supremo Tribunal Federal (STF) acolhe a tese do princípio da insignificância. Nesse sentido, destaca-se o imediato entendimento:

Devido à sua natureza especial, o Direito Penal Militar pode abrigar o princípio da insignificância com maior rigor, se comparado ao Direito Penal Comum. Assim, condutas que podem, teoricamente, ser consideradas insignificantes para o Direito Penal Comum não o são para o Direito Penal Militar, devido à necessidade da preservação da disciplina e hierarquia militares. (STF, HC 94931/PR, Publicação: 14/11/2008)

Por fim, entende-se que o princípio da insignificância é um tema muito delicado no âmbito da Justiça Militar, devendo ser analisado e discutido de modo criterioso e casuísta.

7. O CRIME MILITAR DE FURTO E SUAS PECULIARIDADES

O crime de furto no âmbito militar é tratado no Capítulo I (Do furto), Título V (Dos crimes contra o patrimônio), do Livro I (Dos crimes militares em tempo de paz), do Código Penal Militar, nos seguintes termos:

Furto simples

Art. 240. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, até seis anos.

Furto atenuado

§ 1º Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país.

§ 2º A atenuação do parágrafo anterior é igualmente aplicável no caso em que o criminoso, sendo primário, restitui a coisa ao seu dono ou repara o dano causado, antes de instaurada a ação penal. Energia de valor econômico

§ 3º Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Furto qualificado

§ 4º Se o furto é praticado durante a noite: Pena reclusão, de dois a oito anos.

§ 5º Se a coisa furtada pertence à Fazenda Nacional: Pena - reclusão, de dois a seis anos.

§ 6º Se o furto é praticado:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa; II - com abuso de confiança ou mediante fraude, escalada ou destreza; III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas: Pena - reclusão, de três a dez anos.

§ 7º Aos casos previstos nos §§ 4º e 5º são aplicáveis as atenuações a que se referem os §§ 1º e 2º. Aos previstos no §6º é aplicável a atenuação referida no §2º.

Note-se que o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, e este último restrito à esfera federal em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais.

Por outro lado, o sujeito passivo é a pessoa natural ou jurídica, titular do bem jurídico aviltado, atingida pela conduta criminosa. De acordo com a concepção que se tenha do bem jurídico, também poderão figurar no polo passivo o possuidor e o detentor.

A descrição militar típica é semelhante à do artigo 155, do Código Penal comum, o tipo penal militar de furto tem por conduta a ação de “subtrair”, ou seja, tirar, tomar, sacar sem o conhecimento e consentimento da vítima, invertendo-se a posse da res.

O objeto material do crime é a coisa alheia móvel. Nota-se que a coisa móvel, para os fins de Direito Penal, segue um conceito natural, diverso do Direito Civil, sendo tudo aquilo que é passível de remoção, ou seja, tudo que puder ser removido, retirado, mobilizado. Ademais, a coisa deve ser alheia, ou seja, não pertencente ao próprio agente.

Para o autor Nucci (2012, p. 323) “protege-se a propriedade e a posse; em suma, o patrimônio.”

Não se pode deixar de evidenciar também que o elemento subjetivo do crime militar de furto é o dolo, ou seja, somente há subsunção típica quando perpetrado com a intenção, a vontade livre e consciente de subtrair a coisa móvel que não lhe pertence, de ter consigo, mas com um fim especial de agir, de ter a coisa para si ou para outrem.

Em síntese, o parágrafo primeiro prevê a figura do furto atenuado que estabelece dois elementos importantes: a primariedade do réu e o pequeno valor da coisa furtada.

Por sua vez, o parágrafo terceiro traça a equiparação da energia de valor econômico à coisa móvel.

Por fim, os parágrafos quarto, quinto e sexto trazem as formas qualificadas do crime militar de furto.

Como se observa, é claro que a consumação do furto se dá com a posse mansa e pacífica da *res furtiva*, independentemente do local onde ela se encontre, sendo suficiente a tranquilidade do autor na inversão da posse, mesmo que transitória.

8. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL MILITAR

Neste momento foi admissível observar o aspecto humanitário que orienta o direito penal por força das disposições constitucionais vigentes.

Igualmente, constatou-se que a especialidade do Direito Penal Militar decorre da natureza dos bens jurídicos tutelados resumidos na expressão “regularidade das instituições militares”.

É preciso evidenciar que no Direito Penal Militar haverá sempre uma distinção clara e objetiva da tutela de bens jurídicos imediatos e bens jurídicos mediatos.

Destaco que os bens jurídicos imediatos são aqueles despontados pela natureza da figura típica descrita na norma e são traduzidos na objetividade jurídica do injusto como, por exemplo, o patrimônio no caso do furto, a vida no caso do homicídio, etc.

Além disso, por sua vez, os bens jurídicos mediatos são aqueles revelados pela *ratio essendi* do Direito Penal Militar, ou seja, a autoridade, a disciplina, a hierarquia, o serviço, a função e o dever militar.

Por derradeiro, conclui-se que os bens jurídicos imediatos podem variar de acordo com a natureza do crime, ao passo que os bens jurídicos mediatos são sempre os mesmos para toda a gama de figuras típicas abrangidas pelo Direito Penal Militar.

Atente-se que a própria forma de organização da Justiça Militar, que julga através de órgãos colegiados mistos, compostos de militares e civis, desde a primeira instância, fixa-se nesse cenário. É cediço que tal forma de organização se justifica como meio de auxiliar os Juízes-Auditores na tomada de decisões através do

feedback proveniente da experiência de caserna vivida pelos militares que participam do julgamento.

Por esta razão, a atividade militar é orientada por um conjunto de valores e deveres sobrecarregado conteúdo axiológico, conforme se observa pelas disposições constantes no Estatuto dos Militares - Lei nº 6.880/1980, *in verbis*:

Art. 27. São manifestações essenciais do valor militar:

I - o patriotismo, traduzido pela vontade inabalável de cumprir o dever militar e pelo solene juramento de fidelidade à Pátria até com o sacrifício da própria vida;

II - o civismo e o culto das tradições históricas;

III - a fé na missão elevada das Forças Armadas;

IV - o espírito de corpo, orgulho do militar pela organização onde serve;

V - o amor à profissão das armas e o entusiasmo com que é exercida; e

VI - o aprimoramento técnico-profissional.

[...]

Art. 31. Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente:

I - a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida;

II - o culto aos Símbolos Nacionais;

III - a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias;

IV - a disciplina e o respeito à hierarquia;

V - o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens; e

VI - a obrigação de tratar o subordinado dignamente e com urbanidade.

Sobretudo, esse raciocínio reforça a ideia de proteção aos bens jurídicos mediatos tutelados pelo Direito Penal Militar em relação aos quais não devem se descuidar os operadores do direito na análise dos casos concretos.

Em síntese, a preservação dos bens jurídicos mediatos tutelados pelo Direito Penal Militar tem por finalidade a manutenção dos pilares institucionais da hierarquia e disciplina das Forças Armadas e Forças Auxiliares, nos termos definidos na Constituição Federal/88:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1.998)

Por isso, a incursão ao tema proposto para análise oferece um perfil paradoxal conforme adiante estudado.

8.1 O Princípio da Insignificância no Crime Militar de Furto de Munição

O princípio da insignificância é aplicado no direito penal comum, com o argumento de não possuir previsão legal no direito penal brasileiro, entretanto essa alegação não decorre no âmbito do direito penal militar, uma vez que permite ao juiz considerar a infração como disciplinar nos casos de furto atenuado previsto no art.240,§§1º e 2º. Ressalto ainda que o direito penal militar deve-se ocupar de condutas que produzam resultado, sendo considerado o desvalor como prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado ou à ordem militar.

Para ilustrar o presente tema, cito um caso ocorrido em meados do ano de 2014, no Juízo da 5ª Circunscrição Judiciária Militar, com sede na cidade de Curitiba, Estado do Paraná, que determinou o arquivamento dos Autos de Prisão em Flagrante nº 0000018-87.2014.7.05.00052. Ocorreu que um soldado do Exército Brasileiro foi preso em flagrante acusado de ter praticado o furto de quinze cartuchos de munição do calibre nove milímetros, durante o serviço. Na ocasião, o Juízo entendeu que, embora formalmente típica a condutado do indiciado, ela não foi capaz de lesionar o bem juridicamente protegido pelo Direito Penal Militar. Isso porque um laudo de avaliação pecuniária juntado aos autos indicava que o valor integral dos cartuchos subtraídos perfazia a quantia de R\$ 16,95 (dezesseis reais e noventa e cinco centavos).

A referida decisão causou embaraço no meio militar, na medida em que trouxe um recado implícito de que tal conduta foi reconhecidamente ofensiva aos valores e deveres militares e que não era passível de punição.

Nos casos cometidos pelo delito militar de furto, o desdobramento coerente para qualquer operador do direito direcionaria o raciocínio relegando a apuração e punição do fato à esfera administrativa disciplinar. No entanto, há que se atentar para a expressa disposição constante no Decreto nº 4.346/2002 - Regulamento Disciplinar do Exército (RDE), que descaracteriza a conduta praticada pelo militar excluindo-a do âmbito disciplinar, in verbis:

Art. 14. Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e

simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decore da classe.

§1º Quando a conduta praticada estiver tipificada em lei como crime ou contravenção penal, não se caracterizará transgressão disciplinar.

Dessa maneira, criou-se um limbo existente entre a esfera penal e a esfera administrativa que revela o disparate da decisão e a necessidade de análise e enfrentamento do problema.

Importa salientar que não obstante exista a previsão legal inserida no parágrafo primeiro do art. 240, do Código Penal Militar permitindo a atenuação da pena nos casos em que a coisa furtada for de pequeno valor e for constatada a primariedade do réu, tal situação deverá ser analisada de forma criteriosa e casuística.

Efetivamente, não somente o valor da *res furtiva* deve ser verificado, mas também a sua natureza. Veja-se que não há que se falar em falta de previsão legal para projetar tal análise da natureza da *res furtiva*, pois ela arraigar-se no âmbito de proteção dos bens jurídicos mediatos tutelados pelo Direito Penal Militar.

Deste modo, no caso da aplicação do princípio da insignificância no crime militar de furto de munição há um ilusório conflito de normas constitucionais. De um lado existe a possível ofensa aos princípios humanitários que norteiam o direito constitucional e de outro há a possível ofensa às bases institucionais das Forças Armadas e Forças Auxiliares.

Segundo o autor Barroso (2006, p.37), aconselha que:

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores (v. infra) é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da razoabilidade.

Por tudo isto, a avaliação das normas constitucionais em conflito poderia conduzir à solução distinta nos casos de crime militar de furto de munição na medida dos interesses em disputa revelam a vontade constitucional em favor da preservação das bases institucionais das Forças Armadas e das Forças Auxiliares, sendo a hierarquia e disciplina, pois a conduta do agente as fere atentando por sua proteção



pelo Direito Penal Militar, demonstrando-se assim numa relação benéfica de custos e benefícios sociais.

9. CONCLUSÃO

Efetivamente, o presente trabalho buscou traçar de forma criteriosa a relação interdisciplinar existente entre o direito constitucional e o direito penal militar com o intuito de fixar novas premissas interpretativas aos casos de crime militar de furto de munição. Como se observa a complexidade dessa interdisciplinaridade e os limites sutis que conduzem à vários entendimentos distintos.

Como se observou, o princípio da insignificância é uma excludente da tipicidade material. No âmbito militar, o juiz avalia a infração disciplinar e decide absolver o réu, se for o caso. Ao remeter cópia do processo para autoridade militar, esta por sua vez, é livre para decidir dentro do estreito limite do regulamento disciplinar (RDE) se deve ou não punir o militar.

A busca pela preservação dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal Militar tem por finalidade a manutenção das colunas institucionais da hierarquia e disciplina das Forças Armadas e Auxiliares, nos termos definidos na Constituição Federal/88.

Nesse contexto é razoável afirmar que no Direito Penal Militar haverá sempre a tutela de bens jurídicos imediatos e mediatos.

Como já visto, os bens jurídicos imediatos são aqueles revelados pela natureza da figura típica descrita na norma e são traduzidos na objetividade jurídica do injusto como, por exemplo, o patrimônio no caso do furto, a vida no caso do homicídio, entre outros.

Por sua vez, os bens jurídicos mediatos são aqueles revelados pela ratio essendi do Direito Penal Militar, ou seja, a autoridade, a disciplina, a hierarquia, o serviço, a função e o dever militar.

Logo, buscou-se estabelecer a influência do pensamento constitucional às questões ligadas diretamente a atividade castrense. Nesse sentido, a pesquisa voltou-se para dados doutrinários e jurisprudenciais.

Isso porque de acordo com o entendimento jurisprudencial consolidado o princípio da insignificância requer a presença cumulativa de quatro vetores para afastar a tipicidade penal, sendo a mínima ofensividade da conduta do agente; a inexistência de periculosidade social da ação; o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.



Para ilustrar tais afirmações, citei o caso dos autos de Prisão em Flagrante nº 0000018-87.2014.7.05.00052, que menciona sobre um soldado do Exército Brasileiro que foi preso em flagrante acusado de ter praticado o furto de quinze cartuchos de munição do calibre nove milímetros, durante o serviço. Na ocasião, o Juízo entendeu que, embora formalmente típica a condutado do indiciado, ela não foi capaz de lesionar o bem juridicamente protegido pelo Direito Penal Militar, isso porque um laudo de avaliação pecuniária juntado aos autos indicava que o valor integral dos cartuchos subtraídos perfazia a quantia de R\$ 16,95 (dezesseis reais e noventa e cinco centavos).

O caso citado ocasionou acanhamento no meio militar, uma vez que no caso da aplicação do princípio da insignificância no crime militar de furto de munição há um ilusório conflito de normas constitucionais. Tendo em vista que de um lado existe a possível ofensa aos princípios humanitários que norteiam o direito constitucional e de outro há a possível ofensa às bases institucionais das Forças Armadas e Forças Auxiliares, tendo que ser analisado caso a caso para o uso devido do princípio da insignificância.

Conclui-se que a ponderação proposta objetivou contribuir para o desenvolvimento das Forças Armadas e das Forças Auxiliares na atividade rotineira que lhes são peculiares. Seria pretensiosa a intenção de exaurir a discussão no presente trabalho acadêmico. No entanto, o caminho está aberto e se mostra rico para o enfrentamento das problemáticas dele decorrentes.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Revista da Escola Nacional da Magistratura. Ano I. nº 2. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2.006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 11 dez.17.

_____. **Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980**. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6880.htm>. Acesso em 08 set. 2017.

_____. **Auditoria da 5ª Circunscrição Judiciária Militar**. Auto de Prisão em Flagrante nº 0000018-87.2014.7.05.0005. Curitiba, 28 de julho de 2014. Disponível em: <<https://www2.stm.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=00000188720147050005&l=30&d=SAMU&p=1&u=l&r=1&f=G>>. Acesso em 22 mar. 2018.

_____. **Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2.012**. Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm>. Acesso em 05 set. 2.017.

_____. **Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1.969**. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em 04 set. 2.017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 94931/PR**. Brasília, 07 de outubro de 2.008. Disponível em: <<https://www.stm.jus.br/servicos-stm/juridico/jurisprudencia-do-stm/jurisprudencia>>. Acesso em 20 set. 2.017.

_____. Superior Tribunal Militar. **Embargos nº 2005.01.049521-9/PE**. Brasília, 7 de fevereiro de 2.006. Disponível em: <<https://www.stm.jus.br/servicos-stm/juridico/jurisprudencia-do-stm/jurisprudencia>>. Acesso em 20 set. 2.017.

_____. **Recurso em Sentido Estrito nº 2003.01.007062-7**. Brasília, 11 de março de 2.003. Disponível em: <<https://www.stm.jus.br/servicos-stm/juridico/jurisprudencia-do-stm/jurisprudencia>>. Acesso em 20 set. 2.017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2.008.



BRUTTI Roger Spode. **O princípio da insignificância frente ao poder discricionário do delegado de polícia.** Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9145>>. Acesso em 27/12/2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2.012.

FARIA, Marcelo Uzeda de. **Direito Penal Militar.** Salvador: Editora Juspodivm, 2.012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** Parte Geral. Volume 1. 7º edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar.** 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2.006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 1.994.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal,** Parte geral. 23º edição, São Paulo: Editora Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Militar Comentado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.013.

ROSSETO, Enio Luiz, **Código Penal militar comentado,** 2º Ed.rev.atual.ampl. – São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2015.

ROTH, Ronaldo João. **Justiça Militar e as Peculiaridades do Juiz Militar na Atuação Jurisdicional.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2.003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1.994.



SERÁ O ADICIONAL AO IMPOSTO MUNICIPAL SOBRE IMÓVEIS INCONSTITUCIONAL?

IS THE ADDITIONAL MUNICIPAL PROPERTY TAX AGAINST THE CONSTITUTION?

Patrícia Anjos Azevedo¹

Bruna Vicente Teixeira²

Resumo: Com a realização do presente contributo almejamos abordar alguns temas com relevância no âmbito do Direito Fiscal, mais precisamente o Adicional Ao Imposto Municipal Sobre Imóveis, também conhecido como imposto pessoal sobre o património e a problemática deste quanto à sua constitucionalidade. Para iniciar iremos apresentar um breve enquadramento, onde será explicado do que se trata o AIMI, e a incidência deste imposto. Posteriormente, prosseguiremos com uma análise do regime jurídico desta obrigação pecuniária, procurando dissecar as normas legais que o constituem. Para conseguir alcançar uma resposta sobre esta problemática e ajudar na dissecação destas normas legais, iremos abordar opiniões da jurisprudência portuguesa. Em seguida, serão analisadas posições doutrinárias antagónicas relativas à tributação pessoal do património. Para terminar, apresentaremos as conclusões e possíveis soluções que a nosso ver parecem ser as mais adequadas para a tributação deste imposto.

Palavras-Chave: AIMI; Capacidade contributiva; Imposto pessoal; Inconstitucionalidade; Património.

Abstract: With the completion of this contribution we aim to address some topics with relevance in the scope of Tax Law, more precisely the Additional Municipal Property Tax, also known as personal property tax, and the issue of this regarding its constitutionality. To begin, we will present a brief history, explaining what AIMI is about, and the incidence of this tax. Subsequently, we will analyze the legal regime of this pecuniary obligation, seeking to dissect the legal norms that constitute it. In order to reach an answer to this problem and help in the dissection of these legal norms, we will address opinions from Portuguese Jurisprudence. Next, antagonistic doctrinal positions relating to personal wealth taxation will be analyzed. Finally, we will present the conclusions and possible solutions that, in our opinion, seem to be the most appropriate for the taxation of this tax.

Keywords: AIMI; Contributive capacity; Personal tax; Unconstitutionality; Assets.

1. INTRODUÇÃO E CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com a ascensão da fiscalidade em Portugal, surge a necessidade de uma maior exigência por parte dos cidadãos sobre a governação já que, os impostos

¹ Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Professora Adjunta na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico do Porto.

² Mestranda em Solicitoria – Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico do Porto.

afetam de forma direta ou indireta, a sua vida nas várias operações económicas que realizam no seu quotidiano.

Por esta razão, e devido à evolução dos sistemas fiscais e do seu papel cada vez mais importante nas sociedades contemporâneas, a oportunidade da discussão dos impostos criados numa altura de grave crise financeira em Portugal merece a nossa atenção.

O Adicional Ao Imposto Municipal Sobre Imóveis, também conhecido como AIMI, suscita nos dias de hoje uma grande discordância entre os cidadãos.

Este imposto também apresentado como o primeiro imposto pessoal sobre a riqueza no sistema tributário português, tem como objeto constitucional a diminuição das desigualdades, permitindo ao legislador proceder à discriminação de patrimónios tributando os mais elevados e isentando os mais baixos ou adotando taxas progressivas.

Este tributo é alvo de alguma polémica, pois, trata-se de um imposto insólito no nosso ordenamento jurídico, e muitos dos cidadãos que são tributados discordam da aplicação deste imposto, chegando mesmo a alegar a sua inconstitucionalidade.

2. O ADICIONAL AO IMPOSTO MUNICIPAL SOBRE IMÓVEIS

O Adicional Ao Imposto Municipal Sobre Imóveis (AIMI) foi criado pela Lei do Orçamento do Estado para 2017 (Lei nº42/2016 de 28 de dezembro), entrando em vigor logo no dia 1 de janeiro desse mesmo ano. E constitui uma receita do Fundo de Estabilização da Segurança Social.

Este trata-se de um imposto sobre o património, que incide sobre a riqueza adquirida, podendo tributá-la de forma estática, isto é, através da titularidade de bens ou valores, ou de uma forma dinâmica através da transmissão destes bens ou valores.³

Esta obrigação pecuniária tem como principal objetivo tributar a riqueza de forma progressiva, acima de um determinado valor quando os titulares se referem a pessoas singulares, e toda a riqueza das pessoas coletivas independentemente do valor e a uma taxa proporcional. O AIMI é, assim, “um tributo pessoal sobre a riqueza,

³ CATARINO, João Ricardo e GUIMARÃES, Vasco Branco, Lições de Fiscalidade. 7ª Edição, Coimbra, Almedina, 2022, p. 26.

mas de âmbito parcelar, porque incide apenas sobre o valor patrimonial tributário de prédios urbanos, e dentre estes, apenas sobre alguns”⁴.

2.1. Fundamentos para a criação do AIMI

Os fundamentos imediatos da criação deste tributo são dois, e estes coincidem com aqueles que estiveram na base da criação do Imposto Do Selo Sobre Os Prédios Urbanos de Elevado Valor Patrimonial (ISPUEVP) que o AIMI veio substituir.

O primeiro fundamento é a razão financeira, esta está na génese da criação de qualquer tributo, o que não será diferente no AIMI. Este imposto nasceu no contexto de uma grave crise das finanças públicas portuguesas, provavelmente a mais grave de sempre, e assim a sua origem assenta diretamente no programa de resgate financeiro a que o país foi submetido após 2011. Onde foi evidente a urgente necessidade de aumentar as receitas fiscais, seja por meio de um agravamento dos impostos já existentes, quer mediante a criação de novos impostos.⁵

O segundo fundamento imediato para a criação deste tributo é então de natureza axiológica e trata-se da necessidade de se fazer incidir um maior esforço fiscal sobre os cidadãos que revelam índices de riqueza mais elevados, com vista a proteger os cidadãos com menos rendimentos, ocasionando uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza, tal como consagrado no art.º 103º da nossa Constituição. Num contexto de crise, em que o Estado exige a todos os cidadãos mais sacrifícios, exterioriza-se desta forma a preocupação de justiça, de igualdade vertical e de progressividade do sistema fiscal.⁶

2.2. Incidência

2.2.1. Incidência objetiva

De uma forma geral, no que consta a incidência real ou objetiva deste tributo, o AIMI incide genericamente sobre o valor patrimonial tributário global dos prédios urbanos de que o sujeito passivo seja titular, podendo adicionar, caso se verifique, o

⁴ PIRES, José Maria Fernandes, O Adicional ao IMI e a Tributação Pessoal do Património, Coimbra, Almedina, 2018, p. 7.

⁵ PIRES, José Maria Fernandes, O Adicional ao IMI e a Tributação Pessoal do Património, Coimbra, Almedina, 2018, p. 9.

⁶ PIRES, José Maria Fernandes, O Adicional ao IMI e a Tributação Pessoal do Património, Coimbra, Almedina, 2018, p. 10.

valor correspondente às quotas hereditárias de que cada sujeito passivo seja titular em heranças indivisas.

Estando excluídos da incidência deste imposto: os prédios rústicos, os prédios urbanos da classe “outros”, os prédios classificados como “comerciais, industriais ou para serviços” e “outros” de acordo com o art.º 6º do CIMI, e ainda os prédios isentos ou não sujeitos a IMI no ano anterior.

Desta forma podemos verificar que só estão genericamente sujeitos ao AIMI os prédios afetos à “habitação” e os “terrenos para construção”, tal como definidos no art.º 6º do CIMI.

2.2.2. Incidência subjetiva

Já relativamente à sua incidência subjetiva os sujeitos passivos do AIMI são, tal como no IMI, os proprietários, os usufrutuários ou superficiários dos respetivos prédios, como estabelece o art.º 135º-A do CIMI. Tal como no IMI, neste imposto tributam-se os beneficiários da utilidade económica resultante da existência dos respetivos prédios, como recursos geradores de riqueza, dado que é esta última que constitui a teologia do imposto.

Em conclusão, “o regime regra de determinação da sujeição pessoal do AIMI é idêntico ao do IMI, ou seja, assenta a base da sujeição pessoal e da liquidação nos elementos constantes das matrizes prediais, pelo que é sobre eles que a administração tributária desencadeia anualmente a liquidação”⁷.

Mas a incidência pessoal do AIMI é muito diferente da do IMI. O que se compreende pela natureza pessoal do primeiro, que contrasta com a natureza real do segundo.

Sendo assim na estrutura do AIMI existem 5 tipos diferentes de sujeitos passivos⁸:

- a) As pessoas singulares, que podemos dizer que constituem o paradigma da sujeição de pessoal do AIMI;
- b) As pessoas coletivas, que estão sujeitas a um regime diferenciado de sujeição, relativamente às pessoas singulares;

⁷ PIRES, José Maria Fernandes, O Adicional ao IMI e a Tributação Pessoal do Património, Coimbra, Almedina, 2018, p. 55.

⁸ PIRES, José Maria Fernandes, O Adicional ao IMI e a Tributação Pessoal do Património, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 55-56.

- c) As entidades equiparadas a pessoas coletivas, que nos termos do n.º 2 do art.º 135º-A do CIMI são:
- i. As heranças indivisas, sendo que esta equiparação não produz qualquer efeito, nem em matéria de aplicação de taxas nem para quaisquer outros efeitos. O regime destas entidades caracteriza-se ainda pela possibilidade de os herdeiros o afastarem e serem todos tributados individualmente;
 - ii. As “estruturas ou centros de interesse que figurem nas matrizes como sujeitos passivos” do IMI. A lei não define o conceito de estruturas nem de centros de interesse, mas o âmbito da norma serão todos sujeitos passivos do IMI que constam como titulares de direitos reais sobre prédios das matrizes prediais e que não sejam pessoas singulares, nem cumpram os requisitos formais para serem consideradas pessoas coletivas. Alguns dos exemplos serão: os fundos de investimento, as heranças jacentes, entidades religiosas que não estejam constituídas como pessoas coletivas ou as sociedades civis sem personalidade jurídica.
 - iii. Embora a lei não faça diretamente aplica-se um regime igual ao das pessoas coletivas aos prédios inscritos nas matrizes prediais sem a menção do Número De Identificação Fiscal (NIF) do respetivo titular.
- d) A tributação conjunta dos sujeitos passivos que sejam pessoas singulares casados ou unidos de facto, casos em que ambos são sujeitos passivos, sendo a sujeição conjunta;
- e) As heranças indivisas;

3. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO AIMI

A criação do AIMI veio substituir a verba 28 da Tabela Geral do Imposto do Selo (TGIS) que impunha a tributação anual, à taxa de 1%, sobre a propriedade de prédio habitacional ou de terreno para construção cuja edificação autorizada ou prevista, fosse para habitação, e cujo valor patrimonial tributário fosse igual ou superior a um milhão de euros.⁹

⁹ BARROS, Catarina Santos, A Constitucionalidade do Adicional ao Imposto Municipal de Imóveis (AIMI). Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade do Porto, 2019, p. 20. Disponível online em: <https://sigarra.up.pt/fep/en/pub_geral.show_file?pi_doc_id=229508>.

No entanto, o AIMI não tem o mesmo conteúdo normativo que a norma da verba 28 da TGIS, tendo sido criado como um adicional ao IMI, com disposições particulares, e onde a incidência consiste na soma dos valores patrimoniais tributários de prédios urbanos afetos à habitação e de todos os terrenos para construção, reportados a 1 de janeiro de cada ano.

Sendo assim, o AIMI não onera a tributação de imóveis de luxo, com um valor patrimonial tributário superior a um milhão de euros, como no anterior regime, mas onera a soma dos valores patrimoniais tributários dos prédios urbanos, de valor superior a seiscentos mil euros e, através da tributação, pretende criar uma forma de financiamento do Sistema de Segurança Social.

Não obstante, a imposição desta norma, tal como aconteceu com a verba 28 da TGIS, resultou em vários pedidos de pronuncia arbitral no Centro de Arbitragem Administrativa, no qual os sujeitos passivos peticionam a declaração de ilegalidade dos atos de liquidação do AIMI, com fundamento, na norma constante do art.º 135.º - B do Código do IMI, por entenderem que a mesma enferma de inconstitucionalidade, por violar o princípio constitucional da igualdade fiscal, o princípio da capacidade contributiva e ainda o princípio da proporcionalidade.

Assim, a questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do AIMI tem sido então frequentemente discutida no âmbito da jurisprudência portuguesa, levantando dúvidas sobre a sua conformidade com os princípios constitucionais que regem o Direito Fiscal. Em particular, tem-se questionado, como referido anteriormente, se este imposto viola os princípios da legalidade tributária, da igualdade tributária, da capacidade contributiva e da proporcionalidade.

Para elucidar esta questão torna-se necessário analisar detalhadamente cada um destes princípios constitucionais, a fim de determinar se o AIMI está em conformidade com os mesmos ou se, pelo contrário, os viola.

4. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA

O princípio da legalidade tributária encontra-se consagrado nos art.ºs 103.º, n.º 2 da CRP e 8.º da LGT, sendo este último artigo a concretização de um princípio constitucional, em especial no domínio tributário.

O n.º 2 do art.º 103º da CRP consagra o princípio da legalidade fiscal como um dos elementos essenciais do Estado de Direito Constitucional. Este traduz-se na regra da reserva da lei para a criação e definição dos elementos essenciais dos impostos.

Deste modo, a legalidade fiscal expressa-se numa tipicidade legal, “uma vez que o imposto deve ser desenhado na lei, sem margem para desenvolvimento regulamentar nem para discricionariedade administrativa quanto aos seus elementos essenciais”¹⁰.

A doutrina mais autorizada estabelece ainda que o princípio da legalidade no direito fiscal desdobra-se em 2 aspetos: a preeminência da lei e a reserva da lei. Sendo que por preeminência da lei deverá entender-se a total subordinação do legislador à lei constitucional e do administrador, respetivamente, a lei constitucional e ordinária. Já por reserva da lei, deverá então ser entendido que os impostos só podem ser criados por lei de órgão com competência legislativa normal, manifestando um particular cuidado com o órgão competente para elaboração da lei e regulamentando as formas e expressões que essa lei pode tomar.¹¹

Esta matéria é de tal modo importante que faz parte da competência relativamente reservada da Assembleia da República, conforme o previsto no art.º 165.º, n.ºs 1 alínea i) e 2 da CRP. A criação de Decretos-Leis sobre a criação de impostos só ocorre quando houver uma autorização legislativa concedida ao Governo por parte da Assembleia da República, art.ºs 198.º, n.º 1 alínea b) e 165.º, n.º 2 da CRP.

Assim, para criar um imposto é necessário que este siga os termos da Constituição, que não tenha natureza retroativa e que a sua liquidação e cobrança se realizem à luz da lei.

Segundo Vítor Faveiro, “o primeiro elemento da realidade jurídico-tributária é a lei criadora de impostos, não sendo legítimo a quem quer que seja, mesmo dotada de poderes administrativos de maior latitude, exigir impostos sem a prévia existência de lei que os estabeleça”¹².

A violação deste princípio constitucional surge em consequência da alegada violação de princípios constitucionalmente protegidos.

¹⁰ MAGALHÃES, Joana, O imposto pessoal sobre o património: a (in)constitucionalidade do AIMI?. Dissertação em Mestrado. Politécnico do Porto: Escola Superior de Tecnologia e Gestão, 2022, p. 72. Disponível online em: <https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/20574/1/DM_JoanaMagalh%C3%A3es_MSOL_2022.pdf>.

¹¹ CATARINÓ, João Ricardo e GUIMARÃES, Vasco Branco, Lições de Fiscalidade, 7ª Edição, Coimbra, Almedina, 2022, pp. 91-92.

¹² MAGALHÃES, Joana, O imposto pessoal sobre o património: a (in)constitucionalidade do AIMI?. Dissertação em Mestrado. Politécnico do Porto: Escola Superior de Tecnologia e Gestão, 2022, pp. 72-73, Disponível online em: <https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/20574/1/DM_JoanaMagalh%C3%A3es_MSOL_2022.pdf>.

5. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE TRIBUTÁRIA

O princípio da igualdade é um princípio enformador da quase generalidade dos ordenamentos constitucionais modernos e aplica-se, consequentemente, à parte do ordenamento jurídico que lida com as matérias fiscais.

No direito português o princípio da igualdade tem uma consagração constitucional no art.º 13º da Constituição que tem uma formulação abrangente, afirmando pela positiva a regra de que todos são iguais perante a lei, e pela negativa que ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social.

Esta ideia é reforçada no âmbito do sistema fiscal nos termos do art.º 104º n.º 3 da CRP, que refere que a tributação do património deve contribuir para a igualdade entre os cidadãos, refletindo-se o dever prioritário do Estado promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através de uma política fiscal.

A questão a distribuição equitativa é geralmente equacionada pela doutrina como uma opção entre a adoção das taxas proporcionais ou progressivas. Ou seja, o princípio da igualdade em direito fiscal pressuporia uma opção de base entre a adoção de uma visão de igualdade formal, que corresponderia a um sistema fiscal com umas taxas proporcionais. Ou uma igualdade material a que corresponderiam as taxas progressivas. No caso português utilizam-se ambas as taxas, embora preconize as progressivas no rendimento pessoal.

No âmbito do direito fiscal, a questão da igualdade aparece intimamente ligada à questão da redistribuição dos rendimentos, sendo assim, a igualdade material pressupõe que o nível rendimento das pessoas seja idêntico? Segundo Vasco Branco Guimarães, a “igualdade material pode, tão só, significar em direito fiscal que o sistema fiscal redistribui o rendimento para que todos possam ter um mínimo de sobrevivência com dignidade. Esta redistribuição é feita a um botão dos rendimentos mais elevados de forma mais agravada e os rendimentos menores de forma mais ligeira”¹³.

¹³ CATARINO, João Ricardo e GUIMARÃES, Vasco Branco, Lições de Fiscalidade, 7ª Edição, Coimbra, Almedina, 2022, p. 103.

Este princípio encontra-se igualmente consagrado nos art.ºs 5.º e 55.º da LGT e traduz-se na ideia de que todos os cidadãos ficam adstritos ao cumprimento do dever de pagar impostos, sendo que o imposto deve ser auferido por um mesmo critério.

José Pires refere ainda que “no que respeita à função constitucional que é assignada ao sistema da tributação do património, ela continua a centrar-se no princípio da igualdade”¹⁴, pelo que se trata de um dos princípios fundamentais no sistema fiscal.

Segundo a doutrina, o princípio da igualdade tributária, assume um conteúdo negativo e um conteúdo positivo. No que respeita ao primeiro, todos os cidadãos - princípio da generalidade - devem contribuir para os encargos; contudo, este encargo deve ser exigido na medida dos seus recursos - princípio da capacidade contributiva -, assumindo aqui o conteúdo positivo. Assim, todos os cidadãos deverão contribuir, em igualdade de condições e de acordo com uma determinada medida baseada na capacidade económico-financeira de cada um¹⁵.

Podemos então afirmar que a igualdade tributária não tem por base apenas a capacidade contributiva, mas também se baseia numa justiça contributiva, na medida em que existe sacrifício por parte de todos os cidadãos.

Por conseguinte, com base no mesmo critério, a tributação deve ser feita de modo que sejam repartidos os impostos pelos cidadãos. Assim, todos os cidadãos estão obrigados ao dever de pagar impostos resultantes da aplicação de um mesmo critério, atingindo-se uma igualdade horizontal, em que pessoas com as mesmas condições estão sujeitas ao pagamento de imposto igual, e uma igualdade vertical, em que pessoas com condições diferentes pagam impostos diferentes, encontrando-se essa diferença atendendo à capacidade contributiva de cada um¹⁶.

Um dos fundamentos alegados pelos contribuintes para a inconstitucionalidade do AIMI prende-se com o facto de este, ainda que de forma implícita, violar o princípio

¹⁴ PIRES, José Maria Fernandes, O Adicional ao IMI e a Tributação Pessoal do Património, Coimbra, Almedina, 2018, p. 23.

¹⁵ MAGALHÃES, Joana, O imposto pessoal sobre o património: a (in)constitucionalidade do AIMI?. Dissertação em Mestrado. Politécnico do Porto: Escola Superior de Tecnologia e Gestão, 2022, p. 75, Disponível online em: <https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/20574/1/DM_JoanaMagalh%C3%A3es_MSOL_2022.pdf>.

¹⁶ MAGALHÃES, Joana, O imposto pessoal sobre o património: a (in)constitucionalidade do AIMI?. Dissertação em Mestrado. Politécnico do Porto: Escola Superior de Tecnologia e Gestão, 2022, p. 75, Disponível online em: <https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/20574/1/DM_JoanaMagalh%C3%A3es_MSOL_2022.pdf>.

constitucional da igualdade tributária. Sendo que alguns dos pedidos apresentados pelos contribuintes no CAAD apresentam como um dos fundamentos a inconstitucionalidade do artigo 135.º - B do Código do IMI, na medida em que consideram que faz uma tributação indiscriminada de todos os terrenos para construção, sem ter em conta a exclusão dos terrenos para construção afetos a atividades económicas e tributa prédios que são o substrato da atividade comercial, no âmbito de sociedades imobiliárias ou de entidades similares.

Nesta medida, os sujeitos passivos alegam que o regime legal do AIMI é manifestamente contrário ao princípio da igualdade, desde logo na tributação do património imobiliário detido por instituições de crédito ou sociedades que tenham como atividade principal compra, venda, construção, arrendamento de imóveis ou atividade creditícia, constituindo aquele património imobiliário um meio essencial para a prossecução daquelas atividades; e ainda na tributação indiscriminada dos terrenos para construção, sem distinguir terrenos com fins de “comércio, indústria, serviços e outros”. Outro dos argumentos apresentado pelos contribuintes, nos processos judiciais, é que deverá interpretar-se extensivamente a exclusão prevista no n.º 2 do artigo 135.º-B do Código do IMI relativa aos prédios urbanos classificados como “comerciais, industriais ou para serviços e outros”, de forma a compreender a intenção legislativa de aí abranger também, nessa exclusão, os terrenos cuja construção esteja destinada a prédios urbanos com o mesmo fim.

Não obstante, a maioria das decisões dos Tribunais, tem ido em sentido contrário a este respeito seguindo o entendimento de Baptista Machado¹⁷, que defende que na falta de outros elementos que induzam à eleição do sentido menos imediato do texto, o intérprete deve optar em princípio por aquele sentido que melhor e mais imediatamente corresponde ao significado natural das expressões verbais utilizadas.

Neste sentido, a literalidade do artigo 135.º- B do Código do IMI é clara e não parece prestar-se dúvidas interpretativas.

Desta forma, a exclusão do imposto abrange apenas os prédios classificados como “comerciais, industriais ou serviços”, entendendo-se como tais os edifícios ou construções licenciadas para esses efeitos ou que tenham como destino normal cada

¹⁷ BARROS, Catarina Santos, A Constitucionalidade do Adicional ao Imposto Municipal de Imóveis (AIMI). Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade do Porto, 2019, p. 27, Disponível online em: <https://sigarra.up.pt/fep/en/pub_geral.show_file?pi_doc_id=229508>.

em destes fins. Para além disso abarca também a classe “outros” enquadrando-se, neste caso, a espécie residual referida na alínea d) do n.º 1 do artigo 6.º do Código do IMI, incluindo os terrenos situados dentro ou fora do aglomerado urbano que não sejam terrenos para construção nem prédios rústicos, e ainda edifícios e construções que não se enquadrem em qualquer das outras classificações.

Relativamente ao argumento apresentado pelos sujeitos passivos sobre os imóveis detidos por sociedades imobiliárias, de acordo com as decisões dos tribunais não podemos concluir que estamos perante imóveis desprovidos de valor, pois estão em causa bens com valor de mercado e valor económico intrínseco, o qual advém de diferentes fatores, como sua localização, aptidão construtiva e, até da sua tendencial escassez. Ao contrário, os imóveis excluídos de tributação de AIMI, pela norma n.º 2 do artigo 135.º - B do Código do IMI, que desempenham uma função instrumental face às atividades económicas, comerciais, industriais ou de serviços, na medida em que são edificações essenciais à prossecução da atividade, e não geradores de rendimentos eles próprios.

Posto isto, verifica-se que o legislador definiu um específico pressuposto económico, constitucionalmente válido para alcançar o objetivo do AIMI de tributar realidades reveladoras de riqueza. Neste âmbito, o AIMI respeita em incidir numa “tributação parcelar do património sem ter em conta determinados grupos específicos de empresas ou de grupos económicos, pois abrange toda a espécie de sujeitos passivos que sejam titulares dos direitos reais enunciados sobre os prédios em causa, independentemente de assumirem carácter empresarial ou não, pelo que abrange sociedades, fundações, associações e pessoas singulares”¹⁸.

Em conclusão, a norma do artigo 135.º - B do Código do IMI não é inconstitucional, no âmbito do princípio da igualdade tributária, na medida em que respeita que o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente.

6. O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

A ideia base da capacidade contributiva surge reforçada pelo art.º 55.º da LGT como parâmetro da atividade da AT, vinculada à necessidade de exercer as suas atribuições na prossecução do interesse público, de acordo com os princípios da

¹⁸ BARROS, Catarina Santos, A Constitucionalidade do Adicional ao Imposto Municipal de Imóveis (AIMI). Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade do Porto, 2019, p. 29, Disponível online em: <https://sigarra.up.pt/fep/en/pub_geral.show_file?pi_doc_id=229508>.

legalidade, da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da celeridade, no respeito pelas garantias dos contribuintes.

O princípio da capacidade contributiva está também interconectado com o princípio da igualdade, segundo o qual o art.º 104.º n.º 3 da CRP prevê que “a tributação do património deve contribuir para a igualdade entre os cidadãos”.

A capacidade contributiva revela-se, assim, como uma questão de justiça e de bom senso, justiça porque implica que paguem impostos os que têm poder económico para o fazer e bom senso porque sendo o imposto uma forma de amputação de propriedade deverá ser feita com moderação e sobre as manifestações excedentárias de riqueza e não sobre aquilo que é essencial para a sobrevivência ou a manutenção ou reprodução da riqueza.

Segundo o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 211/2017 de 2 de maio de 2017, proferido no processo n.º 285/15 “na definição da incidência do imposto, a determinação da matéria coletável constitui um elemento essencial da relação jurídico-fiscal, quantificando a obrigação tributária e, assim, a medida do imposto devido. Deste modo, o legislador não pode fixar a medida do imposto sem atender à capacidade revelada pelo seu devedor”¹⁹.

Assim sendo, a tributação do património dos contribuintes deve ser realizada levando em consideração a sua capacidade económica.

Tal como referido anteriormente, os contribuintes também utilizam o art.º 135º-B do CIMI para alegar a inconstitucionalidade deste princípio. A problemática é mesma, isto é, o problema do AIMI incidir sobre prédios urbanos afetos a habitação e terrenos para construção pertencentes às sociedades imobiliárias ou de fundos imobiliários.

Para elucidar melhor esta situação, iremos prosseguir com a análise do Acórdão do CAAD, processo n.º 438/2018 – T, datado a 1 de março 2019²⁰, onde é possível observar que a Requerente chama atenção para o facto dos terrenos para construção sujeitos a AIMI serem face ao seu objeto social, isto é, essenciais para obtenção dos rendimentos no âmbito da sua atividade económica. Sendo assim, defende que deve ser separado por um lado a titularidade de património imobiliário

¹⁹ Tribunal Constitucional - Processo n.º 285/15, de 2 de maio de 2017. Relatora: Maria José Rangel de Mesquita. Disponível online em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20170211.html>>.

²⁰ CAAD - Processo n.º 438/2018 – T, de 1 de março de 2019. Disponível online em: <<https://caad.org.pt/tributario/decisoões/decisao.php?listPage=378&id=3938>>.

que, por si só constitua uma manifestação da sua capacidade contributiva, e por outro lado, a titularidade de direitos reais sobre imóveis destinados ao exercício da sua atividade económica.

Tal entendimento também é defendido pelos fundos de investimento imobiliário que usam o argumento que apenas gerem as poupanças dos investidores participantes e adquirem os imóveis, pelo que não se tratam dos verdadeiros detentores do património imobiliário, podendo considerar-se, assim, desprovidos de capacidade contributiva para suportar este referido imposto.

Para além disto, e ainda dentro do pressuposto da capacidade contributiva, existem sociedades imobiliárias e entidades com semelhante ramo de atividade, que alegam que a incidência do AIMI nos imóveis que são detentoras torna-se num encargo excessivamente oneroso para as mesmas, o que dificulta a sua situação económico-financeira.

Porém, vários Acórdãos do Tribunal Constitucional discordam destas argumentações. Uma das contra-argumentações usadas é que enquanto os imóveis excluídos da sujeição do AIMI, nos termos do n.º 2 do art.º 135.º - B do Código do IMI desempenham uma função instrumental para as atividades económicas industriais, comerciais ou de serviços, na medida em que são edificações de suporte à atividade económica, os imóveis pertencentes às sociedade imobiliárias ou aos fundos imobiliários, incluindo os terrenos para construção, são bens em sentido económico, porque a sua utilidade e escassez permite atribuir-lhe um preço de mercado, cuja valorização contribui para a rendibilidade dos capitais investidos²¹.

Por último, quanto ao argumento apresentado pelos sujeitos passivos que o pagamento do AIMI se torna um encargo excessivamente oneroso dificultando a sua situação económica, os Acórdãos do Tribunal Constitucional também contra-argumentam, na medida em que a tributação do AIMI é suscetível de alguma atenuação no âmbito empresarial. Para além disso, o AIMI é um gasto dedutível, podendo ser dedutível à coleta de IRC, quando os prédios na matéria coletável sejam incluídos rendimentos gerados por imóveis, a ele sujeitos, no âmbito da atividade de arrendamento ou hospedagem (n.º 1 e 2 do artigo 135.º - J do Código do IMI).

²¹ Para maiores desenvolvimentos, veja-se: Tribunal Constitucional - Processo n.º 756/2018, de 29 de maio de 2019. Relatora: Joana Fernandes Costa. Disponível online em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190306.html>>.

É possível concluirmos então que o artigo 135.º - B não é inconstitucional, mesmo quando incide sobre sujeitos passivos de sociedades imobiliárias, fundos de investimento imobiliário e entidades similares, atendendo a que a partir do momento, que as referidas entidades são titulares de prédios urbanos, constitui, logo em si mesma uma manifestação de riqueza e uma pujança económica superior à generalidade dos cidadãos.

7. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade encontra-se previsto na LGT e é um dos princípios bases da atuação administrativa. Nessa medida, enquanto princípio definidor da atividade de um dos membros da relação jurídica tributária, no caso aquele a quem a lei concede o maior núcleo de poderes, o princípio da proporcionalidade apresenta-se como um corolário lógico da legalidade e da proteção da confiança devido ao contribuinte na relação jurídica fiscal²².

Para caracterização deste princípio importa referir que este se encontra intimamente ligado aos princípios da igualdade e da capacidade contributiva.

Este princípio ganha também particular importância na aplicação da norma, pois, esta tem de ser adequada e visar um justo equilíbrio entre os meios empregues e os fins que se visam alcançar.

Podemos verificar que existe uma relação adequada entre meio e fim quando se verifica o princípio da adequação, isto é, a incidência de AIMI nos prédios urbanos habitacionais, bem como nos terrenos para construção tanto das pessoas coletivas como das pessoas singulares, pois permitiu gerar um aumento de receita que se pretendia obter e, ainda, quando se verificou o princípio da necessidade, dada a urgência, face à situação que se vivia em 2017, e a consequente necessidade de aumentar as receitas da Segurança Social, através de novas fontes.²³

Este princípio foi também apreciado em diversos acórdãos, entre eles o Acórdão do CAAD, processo n.º 499/2018-T de 30 de abril de 2019, que considerou “que esta nova tributação não é incompatível com o princípio da proporcionalidade, pois é adequada ao fim em vista (propicia o aumento de receitas que se pretende

²² CATARINO, João Ricardo e GUIMARÃES, Vasco Branco, Lições de Fiscalidade, 7ª Edição, Coimbra, Almedina, 2022, p. 107.

²³ BARROS, Catarina Santos, A Constitucionalidade do Adicional ao Imposto Municipal de Imóveis (AIMI). Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade do Porto, 2019, p. 45, Disponível online em: <https://sigarra.up.pt/fep/en/pub_geral.show_file?pi_doc_id=229508>.

obter), é necessária (à face da opção legislativa de aumentar as receitas da Segurança Social com diversificação de fontes) e não é ultrapassada uma medida razoável, designadamente quanto às pessoas coletivas, pois as taxas do novo imposto não são elevadas (e são melhores para as pessoas coletivas do que para as pessoas singulares, nos termos do artigo 135.º - F do Código do IMI) o imposto pago é dedutível a matéria tributável de IRC (artigo 135.º - J do Código do IMI) são deduzidos valores consideráveis ao valor tributável (artigo 135.º - C do Código do IMI) e não está demonstrado, nem há razão para crer, que os montantes arrecadados ultrapassem o que é necessário para a finalidade de reforçar a sustentabilidade e a estabilidade da Segurança Social”²⁴.

8. DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

8.1. As doutrinas contrárias ao imposto pessoal sobre a riqueza

Os autores que defendem a contrariedade face a este imposto argumentam que a detenção de riqueza não proporciona liquidez imediata, pelo que os impostos sobre o património são sempre, na sua essência, confiscatórios, já que é a partir deles que o Estado se apropria de uma parte dela.

Assim, por exemplo, a existência de um imposto com uma taxa de 1% sobre o valor de mercado de um imóvel corresponderá a que, ao fim de 100 anos o estado será apropriado de um valor correspondente ao valor total da propriedade. Aplicando este raciocínio a toda a economia, o estado apropriar-se-ia de toda a riqueza nacional materializada em bens imóveis, teoricamente, uma vez a cada século.²⁵

Os autores que são contra este tipo de impostos, criticam ainda o carácter indiferente que eles possuem relativamente à capacidade real dos proprietários pagarem os impostos, em especial quando os bens a eles sujeitos não produzem liquidez nem rendimentos. Esta visão trata-se de uma visão limitada, dado que a capacidade contributiva não se mede apenas pela disponibilidade de determinado sujeito passivo em pagar impostos em determinado momento, mas antes pela sua capacidade de os suportar com os seus rendimentos e a sua riqueza.

²⁴ CAAD - Processo n.º 499/2018 – T, de 30 de abril de 2019. Disponível online em: <<https://caad.org.pt/tributario/decisoes/decisao.php?listPageSize=25&listPage=113&id=4061>>.

²⁵ Para maiores desenvolvimentos sobre este tema, vejam-se os seguintes contributos: Pires, J. M. F. (2018). O Adicional ao IMI e a Tributação Pessoal do Património. Coimbra, Almedina. P. 29.

Alguns destes críticos ainda consideram que o sistema fiscal deveria tributar apenas o rendimento, sendo que esse tipo de tributação seria por si só suficiente para garantir o princípio da igualdade e da justiça.

Entre os autores que defendem esta posição, Vickrey²⁶ defende a inutilidade dos impostos pessoais sobre património como argumento que os efeitos que deles se esperam podem ser alcançados através dos impostos sobre o rendimento e sobre o consumo.²⁷

8.2. As doutrinas favoráveis ao imposto pessoal sobre a riqueza

Pelo contrário, existem aqueles que defendem a aplicação dos impostos pessoais e gerais sobre a riqueza sustentando a sua opinião na capacidade contributiva autónoma que a riqueza confere, seja de forma direta ou indireta, aos seus titulares.

O argumento mais utilizado na defesa da existência de impostos gerais e pessoais são património, e também o que a nossa Constituição consagra, é o da promoção de uma mais justa distribuição da riqueza.

O fundamento para esta doutrina é genericamente a tendência do sistema capitalista para a concentração da riqueza e a necessidade de a combater pelos efeitos negativos que pode vir a provocar na integração social.

Existem 2 autores, Shoup²⁸ e Kaldor²⁹, que defendem este como o principal argumento para a aplicação deste imposto, promovendo-se um efeito redistributivo da riqueza mediante a apropriação pelo Estado de uma parte da riqueza dos cidadãos que revelam mais elevados índices de capacidade contributiva. Esta ideologia defende que o incremento da progressividade produzido por este imposto, bem como as receitas fiscais que seria capaz de gerar, poderiam servir para diminuir as taxas aplicáveis aos rendimentos médios e mais baixos, baixando a carga fiscal aos respetivos cidadãos e aumentando a justiça social.³⁰

O segundo grande argumento a favor dos impostos pessoais sobre a riqueza é o da afetação dos recursos. A riqueza e o capital são então fatores produtivos e a sua

²⁶ William Vickrey, economista canadense-americano.

²⁷ PIRES, José Maria Fernandes, O Adicional ao IMI e a Tributação Pessoal do Património, Coimbra, Almedina, 2018, p. 30.

²⁸ Carl Sumner Shoup, professor de economia e economista americano.

²⁹ Nicholas Kaldor, economista britânico.

³⁰ PIRES, José Maria Fernandes, O Adicional ao IMI e a Tributação Pessoal do Património, Coimbra, Almedina, 2018, p. 31

rede de habilitação no processo produtivo é essencial ao crescimento económico. E uma das funções do Estado é a de criar as condições contextuais para promover esse crescimento, incentivando a utilização produtiva dos recursos e penalizando o seu abandono, o seu desperdício e a improdutividade.³¹

Esta ideologia defende que o imposto incidente sobre o capital impele tendencialmente o respetivo titular rentabilizar o respetivo património tornando-o ou mantendo-o produtivo, para que com isso, pelo menos, consiga financiar o pagamento do imposto. Nos casos em que o titular respetivo não está disponível para afetar a fins produtivos esses recursos ou não o pode fazer, este tenderá a aliená-los convertendo em dinheiro o seu valor de mercado, libertando-se assim da necessidade do pagamento do imposto.

Outro fundamento, ainda ligado à lição de Shoup, é que o imposto pessoal sobre o património é um importante fator de controlo e de promoção da eficiência no funcionamento dos restantes impostos dos sistemas fiscais. Pois, a aplicação deste imposto justificar-se-ia mesmo nos casos em que a sua taxa fosse nula e o valor a pagar fosse zero, porque a sua mera existência permitiria ao Estado ter o controlo das transmissões dos bens que compõem o património dos respetivos titulares.³²

E este controlo é importante para vários efeitos, nomeadamente conhecimento das transmissões realizadas e dos respetivos ganhos sujeitos aos impostos sobre rendimento e o consumo, e ainda permitiria conhecer a todo o Tempo valor de mercado dos bens e manter atualizado o respetivo cadastro. Assim, os impostos sobre património geral e o imposto pessoal sobre o património em particular têm esse efeito regulador sobre todo o sistema fiscal, em face do valor dos bens sobre que incidem e da sua capacidade de controlo dos factos tributários a que se aplicam os restantes impostos.

Por fim, outro argumento utilizado é o designado rendimento psíquico da riqueza. Aqui defende-se que a mera detenção de riqueza, mesmo que improdutiva, gera os chamados rendimentos psíquicos, assim designados pelo efeito de conforto

³¹ PIRES, José Maria Fernandes, O Adicional ao IMI e a Tributação Pessoal do Património, Coimbra, Almedina, 2018, p. 31.

³² PIRES, José Maria Fernandes, O Adicional ao IMI e a Tributação Pessoal do Património, Coimbra, Almedina, 2018, p. 34.

para o proprietário que resulta do facto de possuir uma reserva patrimonial que constitui uma segurança em caso de necessidade.³³

Por exemplo, o facto de ser proprietário da sua própria casa de habitação, e não inquilino, irá conferir-lhe, no futuro, uma maior segurança pela desnecessidade de obter rendimentos para pagar a renda. Outro efeito psíquico da titularidade da riqueza é o acesso que proporciona um maior prestígio e reconhecimento social, por exemplo, a detenção pode proporcionar melhores condições para situações como aceder a créditos. Os defensores destes impostos e da sua autonomização entendem que a riqueza, ou o capital, são sempre fatores produtivos pelo que aqueles que os possuem têm também uma maior facilidade em gerar rendimentos devendo essa capacidade de ser tributada.

9. CONCLUSÕES

Com a realização deste estudo, foi possível concluir que o AIMI revogou o ISPUEVP, e acabou por oferecer um maior equilíbrio face ao anterior regime.

No entanto, a sua criação esteve associada a fundamentos de natureza financeira, histórica, axiológica, constitucional e económica, pois, como supramencionado, surgiu numa altura de grave crise financeira que fez ressurgir a ideia da tributação dos patrimónios de elevado valor, o que acaba por exigir um maior esforço fiscal aos detentores de maiores volumes de riqueza.

Assim sendo, foi possível observar que o AIMI assume-se como o primeiro imposto pessoal limitado e de âmbito parcelar sobre o património em Portugal, pois, varia em função da situação pessoal ou familiar do seu titular.

Para além disso, no que concerne à sua incidência tributária, foi possível observar que figuram como sujeitos passivos deste tributo as pessoas singulares ou coletivas, que sejam proprietários, usufrutuários ou superficiários de prédios urbanos situados no território português, sendo equiparados a pessoas coletivas quaisquer estruturas ou centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica que figurem nas matrizes como sujeitos passivos do IMI, bem como a herança indivisa representada pelo cabeça de casal.

Já no que consta ao ponto de vista objetivo deste tributo, conseguimos concluir que o AIMI incide sobre a soma dos valores patrimoniais tributários dos prédios

³³ PIRES, José Maria Fernandes, O Adicional ao IMI e a Tributação Pessoal do Património, Coimbra, Almedina, 2018, p. 35.

urbanos classificados como “habitacionais” e “terrenos para construção” situados em território português de que o sujeito passivo seja titular a 1 de janeiro do ano a que o AIMI respeita. Porém, excluem-se os prédios urbanos classificados como “comerciais, industriais ou para serviços” e “outros” nos termos das alíneas b) e d) do n.º 1 do art.º 6.º do CIMI, não pretendendo, nestes casos, o legislador exigir um esforço adicional desta classe, de modo a não prejudicar a economia

A maior problemática em causa é sem dúvida compreender se este tributo é inconstitucional por violação de princípios constitucionalmente consagrados, como os princípios da legalidade tributária, da igualdade tributária, da capacidade contributiva e da proporcionalidade. Foi possível observar que existe uma grande afluência por parte dos contribuintes aos tribunais e arbitragem administrativa pedindo a anulação das respetivas liquidações de AIMI, alegando a sua ilegalidade e inconstitucionalidade. Esta indignação, por parte destes sujeitos, é compreensível uma vez que se vêm penalizados por possuírem mais património imobiliário e cobrados de uma forma adicional.

No entanto, no que conta ao regime do AIMI, que tem sido invocado como inconstitucional por parte dos contribuintes cujo objeto social compreende a compra, venda e arrendamento de bens imóveis, por violação do princípio da igualdade e da capacidade contributiva, inseridos nos art.ºs 13.º e 104.º, n.º 3 da CRP, nos casos de tributação dos prédios enquanto substrato de uma atividade económica, e desconsideração do critério legal da afetação dos terrenos para construção, defendemos que a exclusão subjetiva seria manifestamente inconstitucional, desde logo pela violação do princípio da legalidade, uma vez que estaríamos a transcender a hermenêutica jurídica e seria atentatório ao princípio da igualdade, porquanto estaríamos a excluir da tributação sujeitos passivos detentores de uma mesma classe de prédios com igual capacidade contributiva.

Concluimos que é de entendimento geral, dos tribunais e do CAAD, que este tributo não se assume como inconstitucional.

Durante a elaboração deste tema também foi possível observar que a Constituição da República Portuguesa exige que a tributação do património se constitua como um instrumento de igualdade entre os cidadãos, porém, a nível doutrinal encontramos posições antagónicas no que respeita à tributação pessoal do património. Sendo que os autores que não apoiam este tipo de tributação defendem que da detenção da riqueza não advém diretamente da liquidez imediata para pagar

o imposto, contrariamente aos autores que defendem alegando que a riqueza confere capacidade contributiva autónoma ao titular de capital ainda que esta advenha de forma direta ou indireta.

Relativamente a estas posições, no nosso entendimento, se observarmos da perspectiva de que um sujeito recebe património em função de uma herança proveniente de um familiar com mais posses financeiras, acreditamos que a detenção de riqueza patrimonial não resulta na efetiva capacidade contributiva, principalmente quando o imposto incide sobre bens não produtivos ou mesmo que estes sejam produtivos se o valor a pagar pelo imposto seja superior ao que pode advir da produtividade deste, o que leva a que os proprietários se vejam obrigados a vender o seu património para conseguirem dar vazão ao cumprimento da tributação.

Porém, não descartamos o entendimento contrário, principalmente quando estamos perante riqueza imobiliária que gera rendimentos efetivos para o contribuinte como, por exemplo, uma renda. Nestes casos, somos defensores de uma redistribuição da riqueza, mediante apropriação pelo Estado de uma parte da riqueza dos contribuintes que revelam os maiores índices de capacidade contributiva. Esta servirá também como um incentivo aos proprietários para rentabilizarem as suas propriedades, para pelo menos conseguirem extrair meios financeiros para pagarem os respetivos impostos.

Sendo assim, somos apologistas que este tipo de tributação apenas se justifica em circunstâncias excecionais, devendo para tal existir um escrutínio no momento da sua aplicação para se verificar se efetivamente aquela riqueza advém diretamente de um rendimento.

Com a realização deste estudo foi-nos possível concluir que o AIMI não padece de inconstitucionalidade, mas em alguns aspetos não é ainda totalmente claro.



REFERÊNCIAS

BARROS, Catarina Santos, A Constitucionalidade do Adicional ao Imposto Municipal de Imóveis (AIMI). Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade do Porto, 2019, Disponível online em: <https://sigarra.up.pt/fep/en/pub_geral.-show_file?pi_doc_id=229508>. Acesso em: 26 out. 2024.

CATARINO, João Ricardo e GUIMARÃES, Vasco Branco, Lições de Fiscalidade, 7ª Edição, Coimbra, Almedina, 2022.

MAGALHÃES, Joana, O imposto pessoal sobre o património: a (in)constitucionalidade do AIMI?. Dissertação em Mestrado. Politécnico do Porto: Escola Superior de Tecnologia e Gestão, 2022, Disponível online em: <https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/20574/1/DM_JoanaMagalh%C3%AAs_MSOL_2022.pdf>. Acesso em: 26 out. 2024.

PIRES, José Maria Fernandes, O Adicional ao IMI e a Tributação Pessoal do Património, Coimbra, Almedina, 2018.

Jurisprudência

CAAD - Processo n.º 438/2018 – T, de 1 de março de 2019. Disponível online em: <<https://caad.org.pt/tributario/decisoes/decisao.php?listPage=378&id=3938>> [Consult. em 26 de outubro de 2024]

CAAD - Processo n.º 499/2018 – T, de 30 de abril de 2019. Disponível online em: <<https://caad.org.pt/tributario/decisoes/decisao.php?listPageSize=25&listPage=113&id=4061>> [Consult. em 27 de outubro de 2024]

Tribunal Constitucional - Processo n.º 285/15, de 2 de maio de 2017. Relatora: Maria José Rangel de Mesquita. Disponível online em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20170211.html>> [Consult. em 26 de outubro de 2024]

Tribunal Constitucional - Processo n.º 756/2018, de 29 de maio de 2019. Relatora: Joana Fernandes Costa. Disponível online em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190306.html>> [Consult. em 27 de outubro de 2024]



SENTENÇA DO ZERO

Sentença do Zero Serviços Educacionais Ltda.

Contato: (73) 99828-5266

@sentencadozero