

ISSN: 2359-5183



16

JUL.-DEZ

2022



REVISTA

VOX



FADILESTE

Revista Vox

ISSN: 2359-5183

Conselho editorial

Prof. Dr. Aluer Baptista Freire Junior, PUC-MG; Fadileste, Brasil

Prof. Dr. João Carlos Furlani, Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes)

Conselho consultivo

Profa. Dra. Adriana Pereira Campos, Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes)

Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Profa. Dra. Ana Maria de Carvalho Leite, Secretaria de Estado de Educação de Minas Gerais (SEE)

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

Prof. Dr. Edmar Avelar de Sena, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas)

Prof. Dr. Grégore Moreira de Moura, Advocacia-Geral da União (AGU)

Prof. Dr. Jairo Barduni Filho, Universidade Estadual de Minas Gerais (UEMG)

Prof. Dr. Jorge Trindade, Universidade Luterana do Brasil (ULBRA)

Prof. Dr. Jose Luiz Q. de Magalhaes, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas)

Profa. Dra. Joyce Louback Lourenço, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

Profa. Dra. Kátia Sausen Motta, Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes)

Profa. Dra. Maria Virginia Filomena Cremasco, Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho, Universidade de São Paulo (USP)

Prof. Dr. Rodrigo da Silva Goularte, Instituto Federal do Espírito Santo (Ifes)

Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel, Universidade Federal Fluminense (UFF)

Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen, Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes)

Editoração, revisão técnica e capa

Prof. Dr. João Carlos Furlani, Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes), Brasil

A revista

Revista Vox nasce a princípio de uma visível carência, no Brasil, de periódicos de natureza interdisciplinar comprometidos com a divulgação da produção intelectual em torno da sociedade, política e cultura que promova o diálogo entre Ciências Jurídicas, Sociais e Humanas. Uma das dificuldades enfrentadas por discentes e docentes no Brasil é divulgar os resultados parciais e/ou finais obtidos em suas investigações. Diante dessa situação, é imprescindível a adoção de iniciativas no sentido de permitir que os trabalhos acadêmicos sejam compartilhados com a comunidade científica e com a sociedade em geral. Por essa razão, propomos a criação da *Revista Vox*, veículo eletrônico de periodicidade semestral voltado para a divulgação das pesquisas desenvolvidas por alunos e professores. A principal finalidade do periódico é constituir um espaço de debate, de discussão que resulte na expansão e promoção do interesse nas pesquisas acadêmicas no Brasil. Além, é claro, de buscar dar voz a trabalhos que primem pela originalidade, criatividade, racionalidade e sensibilidade científica, social e cultural. Desse modo, este periódico propõe-se a receber trabalhos voltados para temas que versam sobre Direito, política, instituições, sociedade e cultura, desenvolvidos por instituições e profissionais que atuam nas diversas áreas do conhecimento, sob a forma de artigos, ensaios, entrevistas e resenhas.

Políticas de seção

Os números da *Revista Vox* são organizados em dossiês, artigos de tema livre, ensaios, resenhas e entrevistas. Os dossiês têm por finalidade reunir textos em torno de um tema em comum, de modo a aprofundar um determinado assunto. As resenhas, de natureza crítica, versam sobre livros publicados nos últimos cinco anos. Os ensaios seguem os mesmos padrões dos artigos, porém, são o espaço ideal para experimentações teóricas e de natureza filosófica. Já as entrevistas pretendem dar destaque ao trabalho de pesquisadores, artistas, alunos ou qualquer pessoa que o autor julgue contribuir para as discussões propostas pelo periódico.

Processo de avaliação pelos pares

Revista Vox possui um conselho consultivo composto por pesquisadores cuja atribuição é analisar, mediante o sistema de *blind review*, os artigos encaminhados para publicação. Fazem parte do conselho especialistas em Direito, História, Ciências Sociais, Antropologia e áreas afins, de modo a contemplar tanto a pluralidade teórico-metodológica quanto o caráter interdisciplinar dos estudos envolvendo questões jurídicas, políticas, institucionais, sociais e culturais. A cada membro do conselho selecionado para avaliação compete emitir parecer a respeito de artigos que versem sobre a sua área de pesquisa. Caso o tema de um texto se revelar tão específico a ponto de não haver, no conselho consultivo, um membro com condições satisfatórias de avaliá-lo, cabe ao conselho editorial designar um consultor *ad hoc*. Em caso de reprovação e a critério do conselho editorial, o artigo pode ser submetido a uma nova avaliação.

Contato

Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas • Avenida Marcionília Breder Sathler, 1, Centro, Reduto/MG, Brasil • CEP 36920-000.

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Revista Vox, Reduto: Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas,
n. 16, jun. 2022.

188 p.

ISSN: 2359-5183

1. Direito 2. Ciências Sociais. 3. História. 4. Política 5. Cultura. 6. Sociedade

CDU: 340

Apresentação <i>Introduction</i> João Carlos Furlani	6
DOSSIÊ DIREITO BRASILEIRO E CONSTITUIÇÃO NO SÉCULO XXI	
A função do Juiz das Garantias e sua implantação no poder judiciário brasileiro <i>The role of the guarantee judge and its implementation in the Brazilian judiciary</i> Natan Alves de Moraes Marcus Satler Rocha	9
A responsabilidade civil médica em casos de danos estéticos <i>Medical civil liability in cases of aesthetic damage</i> Shaiannylla Oliveira Freitas Ígor Lacerda de Oliveira	24
Abandono afetivo pelos pais e o direito de indenização <i>Affective abandonment by parents and the right to indemnity</i> Aluer Baptista Freire Júnior Lorraine Andrade Batista	46
Reflexões sobre a (im)possibilidade de intervenção militar no Brasil à luz da Constituição Federal de 1988 <i>Reflections on the (im)possibility of military intervention in Brazil in the light of the 1988 Federal Constitution</i> Sabrina de Souza Reis Hugo Garcez Duarte	68
O direito dos presidiários ao trabalho: um direito humano fundamental <i>Prisoners' right to work: a fundamental human right</i> Filipe Segall Tavares	84
Aspectos atuais do poder do estado em tributar <i>Current aspects of state power in tributary</i> Henrique Avelino Lana	94
O vínculo empregatício entre motoristas e o aplicativo de mobilidade urbana Uber <i>The employment relationship between drivers and the Uber urban mobility application</i> Vinícius Martins de Oliveira João Gomes Pessoa	121

ARTIGOS

- Literatura e direito: a origem social da ficção de detetive**
Literature and law: the social origin of detective fiction
Luís Otávio Hott 142
- Estado, sociedade e políticas públicas: algumas reflexões sobre a
burocracia de nível de rua e da sociologia do guichê**
*State, society and public policies: some reflections on street-level bureaucracy
and the sociology of the window*
Alessandro da Silva Leite 165
- Meio ambiente e produção de energia por sistemas renováveis:
energia fotovoltaica e economia na Agenda 2030**
*Environment and energy production by renewable systems: photovoltaic
energy and the economy on the 2030 agenda*
Nayara Ferreira Clemente Laviola
Reinaldo Laviola Verner 176

Apresentação

Introduction

João Carlos Furlani

Ao fim deste ano de 2022, apresentamos o décimo sexto número da *Revista Vox*. No dossiê desta edição, são abordadas questões caras à democracia, aos direitos humanos e trabalhistas, à Constituição e à prática do Direito no Brasil do século XXI.

Abrindo o número, Natan Alves de Moraes e Marcus Satler Rocha refletem sobre a implantação do juiz das Garantias no Poder Judiciário Brasileiro. A intenção dos autores, em seu artigo, é promover uma análise da aplicação do instituto do Juiz das Garantias no direito brasileiro, a fim de compreender o controle da legalidade da investigação criminal e dos direitos fundamentais do acusado.

Em seguida, Shaiannylla Oliveira Freitas e Ígor Lacerda de Oliveira tocam num tema ainda pouco debatido, mas extremamente pertinente, que é a necessidade de responsabilização civil do médico em razão de danos estéticos originado nos procedimentos cirúrgicos e estéticos.

Ainda na seara da responsabilização e indenização, Aluer Baptista Freire Júnior e Lorraine Andrade Batista discutem a indenização por danos morais causados pelo abandono afetivo como um dever dos pais e um direito dos filhos regados e pautados na boa-fé sendo possível e plenamente eficaz.

Diante da instabilidade política, da polarização ideológica no Brasil e do crescimento de grupos extremistas, Sabrina de Souza Reis e Hugo Garcez Duarte, em seu artigo, refletem sobre a (im)possibilidade de intervenção militar no Brasil à luz da Constituição Federal de 1988.

Filipe Segall Tavares, por sua vez, aborda os direitos da população carcerária. Para o autor, o direito ao trabalho é um dos elementos fundamentais para garantir a dignidade do ser humano e quando uma pessoa é presa, ela não perde este direito. Em vista disso, demonstra a fundamentalidade formal e material do direito ao trabalho, bem como a sua devida positivação no âmbito interno e internacional, a fim de evidenciar

que embora esse direito basilar do ordenamento jurídico tenha grande importância e proteção no âmbito dogmático, na prática ele é pouco efetivado.

Já Henrique Avelino Lana discute a tributação promovida pelo Estado aos contribuintes. O objetivo do autor é demonstrar se após trinta anos de vigência da CRFB/88, as sanções políticas ainda são usadas pelo Estado, bem como se tal prática é inconstitucional.

Diante dos recentes debates sobre a modernização e flexibilização das relações empregatícias, encontra-se o caso da Uber e sua relação com os motoristas cadastrados em sua plataforma de transporte pessoal. Com vistas a tal questão, Vinícius Martins de Oliveira e João Gomes Pessoa analisam essa relação, buscando na doutrina e jurisprudência indícios da existência ou inexistência da possibilidade de se caracterizar o motorista como empregado da empresa Uber.

Além dos artigos que compõem o dossiê, também contribuem autores que versaram sobre uma temática mais livre. O primeiro deles é Luís Otávio Hott, que discute a origem da ficção de detetive. Para o autor, tal gênero está intimamente ligado ao Direito e em decorrência de mudanças sociais drásticas que compunham a égide da modernidade. Desta forma, o autor traça um panorama crítico da história da ficção de detetive, procurando interpretar como o desenvolvimento deste tipo de ficção se relaciona com o direito.

Em seguida, Alessandro da Silva Leite aborda a temática da burocracia de nível de rua e da sociologia do guichê na implementação de políticas públicas. O autor destaca as contribuições e limites que essas duas vertentes oferecem nesse processo. Para tanto, considera que, embora os estudos existentes ainda sejam incipientes no Brasil e apresentem questões de natureza teórica e metodológica a serem superadas, eles se apresentam como uma seara promissora para a realização de pesquisas que possam contribuir com as temáticas das políticas públicas numa perspectiva de demonstrar como no nível da rua ou do guichê vem ocorrendo a implementação das mesmas e os resultados obtidos a partir daí.

Por último, Nayara Ferreira Clemente Laviola e Reinaldo Laviola Verner analisam o conflito entre o meio ambiente natural e o desenvolvimento econômico, na medida em que defendem que a degradação da natureza está intimamente ligada à necessidade de crescimento dos países. O foco da investigação dos autores é a utilização de energia elétrica por sistemas renováveis, especialmente no que se refere à Agenda 2030.

Mediante a contribuição dos autores acima, esperamos que a presente edição sirva de fomento para reflexões nas mais diversas esferas da vida humana, sejam elas jurídicas, históricas e humanitárias e que, ao fim e ao cabo, a democracia prospere em nosso país. Por fim, desejamos que a leitura desta edição de Vox seja agradável e enriquecedora para todos.

DOSSIÊ

Constituição brasileira e direito no século XXI

Dossier

Brazilian Constitution and Law in the 21st century

A função do Juiz das Garantias e sua implantação no poder judiciário brasileiro

The role of the guarantee judge and its implementation in the Brazilian judiciary

Natan Alves de Moraes*

Marcus Satler Rocha**

Resumo: Neste artigo visa-se estabelecer reflexões sobre a implantação do juiz das Garantias no Poder Judiciário Brasileiro. A Lei 13.964/2019, conhecido como Pacote Anticrime contemplou a figura dos Juiz das Garantias, que consiste em uma importante reforma legislativa brasileira que abrangeu o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal de forma a adequar a nova ordem constitucional, zelando pelos direitos e garantias do acusado. A proposta é, em termos gerais, promover uma análise da aplicação do instituto do Juiz das Garantias no direito brasileiro, a fim de melhor compreender sobre o controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado.

Palavras-chave: Conceito; Juiz das Garantias; Direitos fundamentais; Investigação.

Abstract: This article aims to establish reflections on the implementation of the Judge of Guarantees in the Brazilian Judiciary. Law 13.964/2019, known as the Anti-Crime Package, contemplated the figure of the Judge of Guarantees, which consists of an important Brazilian legislative reform that encompassed the Penal Code, the Code of Criminal Procedure and the Criminal Execution Law in order to adapt to the new order constitutional, ensuring the rights and guarantees of the accused. The proposal is, in general terms, to promote an analysis of the application of the institute of the Judge of Guarantees in Brazilian law, in order to better understand the control of the legality of the criminal investigation and to safeguard the fundamental rights of the accused.

Keywords: Concept; Judgment of warranties; Fundamental rights; Investigation.

Recebido em: 21/8/2022

Aprovado em: 27/9/2022

* Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste).

** Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste). Pós-Graduado em Ciências Criminais pela Faculdade Doctum, Campus Manhuaçu E-mail: marcussatlerrocha@gmail.com.

Introdução

Em 24 de dezembro de 2019 foi publicada no Diário Oficial da União a Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, antigo PL 10.372/2018, introduzindo significativas inovações legislativas ao direito penal e processual penal brasileiro, contemplando o instituto do “Juiz das Garantias”.

O Pacote Anticrime é uma ou a mais completa alteração legislativa da norma penal, processual penal e da execução penal, normas essas que entraram em vigor em período anterior à Constituição Democrática da República de 1988.

O Código de Processo Penal brasileiro em vigor desde de 1941, elaborado no período do governo ditatorial de Getúlio Vargas, promulgado pela Lei 3.689/41, vem sofrendo diversas alterações de forma a adequar as diretrizes democráticas previstas na Constituição Federal de 1988 (NUCCI, 2020, p. 85).

Ressalte-se que a promulgação da Lei 3.689/41, atual Código de Processo Penal brasileiro, se deu durante a vigência da Constituição Federal de 1937, o qual possuía tese ditatorial e autoritária, restringindo e suprimindo direitos e garantias individuais.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, instituiu-se um novo marco no direito brasileiro, vez que esta constituição trouxe o sistema de direitos e garantias individuais que era restringido na anterior constituição, em razão dos interesses autoritários e ditatoriais, bem como elevou a dignidade da pessoa humana, elencando um rol significativo de direitos fundamentais

Sendo assim, o Código de Processo Penal retratava as ideias da Constituição de 1937, influenciada pelo totalitarismo e o fascismo da Constituição Polonesa, bem como das ideias de Mussolini e de Hitler, necessitando de uma reforma a fim de se adequar à nova ordem constitucional, uma vez que, está voltou para os direitos e garantias fundamentais.

O Pacote Anticrime contemplou a figura do Juiz das Garantias, que consiste em uma dessas importantes reformas legislativa que abrangeu o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal como forma de adequar a nova ordem constitucional, zelando pelos direitos e garantias do investigado.

O instituto do Juiz das Garantias é um novo marco ao sistema judiciário brasileiro. Embora outros países já tenham adotado este instituto, somente foi implantado no Brasil no ano de 2019, garantido ampla eficácia da investigação criminal e do sistema de direitos e garantias do investigado.

Apesar de legalmente publicada a Lei 13.964/2019, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, decidiu por suspender a implementação do instituto do Juiz das Garantias, alegando que a criação deste sistema acarretaria, não apenas reforma

judiciária, mas refundaria o processo penal e provocaria direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país.

Desse modo, no presente trabalho, faremos uma breve análise dos sistemas processuais penais brasileiros e os princípios que o norteiam, abordando a função e as inovações trazidas pelo instituto do juiz das garantias.

Sistemas processuais

Os sistemas processuais têm uma relação direta com o princípio da imparcialidade, pois estes sistemas se desenvolveram de acordo com os acontecimentos vigentes em sua época, ou seja, o momento político que cada Estado se encontrava (PIETRO JÚNIOR, 2019).

Destaca-se que, com a evolução do direito nas sociedades, desenvolveu-se uma trilogia, que consiste no sistema inquisitório, sistema acusatório e o sistema misto. Cada um desses sistemas processuais penais reflete uma postura diferente e que juntos, desenvolvem o preceito da persecução penal no que tange a atuação do Julgador.

Sistema acusatório

O sistema acusatório consiste naquele em que as funções de acusar, julgar e defender estão em mãos distintas. Esse sistema é marcado pela presença da publicidade dos atos processuais, do contraditório, da ampla defesa durante todo o processo. Explica Aury Lopes Jr. (2009, p. 74) que “no modelo acusatório, o juiz se limita a decidir, deixando a interposição de solicitações e o recolhimento do material àqueles que perseguem interesses opostos, isto é, às partes”. Afirma ainda que:

[...] a melhor forma de averiguar a verdade e realizar-se a justiça é deixar a invocação jurisdicional e a coleta do material probatório aqueles que perseguem interesses opostos e sustentam opiniões divergentes. Deve-se descarregar o juiz de atividades inerentes às partes para assegurar sua imparcialidade. Com isso, também se manifesta respeito pela integridade do processado como cidadão (LOPES JR., 2009, p. 74).

Na fase investigativa no sistema acusatório, o juiz será chamado a intervir apenas para garantir se os direitos fundamentais do investigado estão sendo preservados, se abstendo de produzir provas. Na fase processual, admite-se que o juiz tenha poderes

instrutórios, mas essa iniciativa deve ser em caráter de exceção, como atividade subsidiária e complementar à atuação das partes.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 129, inciso I, trouxe expressamente a preferência pelo sistema acusatório, ao atribuir a função privativa do Ministério Público em promover a ação penal pública.

Sistema inquisitivo

O Sistema Inquisitivo surgiu no Direito canônico no século XIII e posteriormente se propagou pela Europa, sendo empregado pelos tribunais civis até o século XVIII. Esse sistema é marcado pela inexistência de contraditório e ampla defesa, pois as funções de acusar e julgar encontra-se nas mãos de uma única pessoa, que assume a figura acusatória, ao dar início ao processo com a *notitia criminis*, produzir as provas e ao final prolatar uma decisão.

Nesse sistema, o juiz poderá de ofício determinar a colheita das provas durante as investigações, bem como no curso do processo, independentemente de requerimento, haja vista a liberdade probatória permitida por este sistema.

Por esse sistema possuir ampla liberdade probatória, o magistrado conduz o procedimento de forma escrita e sigilosa, podendo determinar de ofício a colheita de provas, tanto no curso das investigações quanto no curso do processo penal, independentemente de requerido pela acusação ou defesa.

Destaca-se, que neste sistema, o investigado é tratado como um objeto processual, havendo por tanta violação de direitos garantias individuais fundamentais. Segundo Aury Lopes Jr. (2007, p. 68), esse sistema “foi desacreditado – principalmente por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar”.

Portanto, a concentração dos poderes de acusar e julgar nas mãos de uma única pessoa compromete a garantia da imparcialidade e o devido processo legal, uma vez que o magistrado se compromete previamente com a demanda que futuramente julgará.

Sistema misto

O Sistema Misto, que surgiu ao lado par da Revolução Francesa, marcado pelo famoso *Code d'instruction criminelle* francês, trata-se do sistema que ocorreu a fusão do sistema acusatório e do sistema inquisitivo.

Sobre esse sistema, descreve Eugênio Pacelli (2017, p. 19):

Nesse sistema processual, a jurisdição também se iniciaria na fase de investigação, e sob a presidência de um magistrado – os Juizados de Instrução –, tal como ocorre no sistema inquisitório. No entanto, a acusação criminal ficava a cargo de outro órgão (o Ministério Público) que não o juiz, característica já essencial do sistema acusatório. Exatamente por isso, denominou-se referido sistema de sistema misto, com traços essenciais dos modelos inquisitórios e acusatórios.

Esse sistema consiste primeiramente na fase inquisitiva, marcada pela investigação, e na fase final, que ocorrerá a acusação e posteriormente o julgamento, com todas as garantias. Contudo, de acordo com a Constituição Federal de 1988, as funções de acusar, julgar e defender, asseguradas pelos princípios do devido processo legal e da presunção de não culpabilidade, devem ser obedecidas a qualquer tempo da persecução criminal, desde a fase pré-processual, passando pela fase processual e também pós-processual.

Princípios do sistema processual

Os princípios são os fundamentos que alicerçam as legislações, podendo estar expressos ou implícitos segundo uma dedução lógica, importando em diretrizes para o elaborador, aplicador e intérprete das normas jurídicas.

Consiste em teorias, nas quais o ordenamento jurídico vai em busca de legitimidade e validade, os quais em determinadas condições, os princípios são mais importantes que as próprias normas.

Assim como em outros ramos do direito, o direito processual penal possui princípios que lhe dão suporte, sejam de ordem constitucional ou infraconstitucional, dentre as quais o Princípio Acusatório, da Publicidade, Contraditório e Ampla Defesa, Razoável Duração do Processo e o da Imparcialidade, dentre outros.

Princípio acusatório

O princípio Acusatório consiste naquele o qual as atribuições de julgar, acusar e defender serão desempenhadas por sujeitos distintos, garantido os direitos e deveres fundamentais do investigado (GARCIA, 2014, p. 10).

Princípio da publicidade

Dispõe esse princípio sobre a publicidade dos atos processuais, vez que todo processo é público, salvo os que tramitam em segredo de justiça.

Este princípio tem a finalidade de garantir a transparência dos atos processuais, da aplicabilidade da lei, a garantia da justiça, a imparcialidade e a responsabilidade do juiz, revelando como um meio de fiscalização dos trabalhos dos operadores do Direito (BAYER, 2011, p. 12).

Princípio do contraditório

A Constituição Federal de 1988 consagrou em seu artigo 5º, inciso LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, pois garante a ampla defesa do acusado”.

Este princípio constitui uma garantia fundamental, que deve ser garantido o a ambas as partes. A função desse princípio é levar a igualdade de oportunidade entre as partes de apresentar argumentações e provas e de contradizê-las perante um juízo. O contraditório garante a imparcialidade do juiz perante a causa que também deve exercê-la na preparação do julgamento (MACEDO, 2020).

Princípio da ampla defesa

Dispõe esse princípio sobre a plena possibilidade de o investigado produzir provas adverso às da acusação, com ciência prévia e integral do conteúdo da acusação, comparecendo participativamente nos atos processuais (CARAZAI, 2017).

Complementando, Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 290) analisa que:

A ampla possibilidade de se defender representa a mais copiosa, extensa e rica chance de se preservar o estado de inocência, outro atributo natural do ser humano não se deve cercear a autoproteção, a oposição ou a justificação apresentada; ao contrário, exige-se a soltura das amarras formais, porventura existentes no processo, para que se cumpra, fielmente, a Constituição Federal.

Destaca-se que o princípio do Contraditório e da Ampla Defesa derivam de outro princípio, denominado paridade de armas, ou isonomia processual. Como em

um processo todas as partes litigantes estão equidistantes do juízo processante, ou seja, estão em pé de igualdade, tudo o que uma parte afirma a outra poderá contraditar. Da mesma forma toda a oportunidade probatória deferida para uma, será deferida para a outra.

Portanto, embora conceitualmente diferentes, esses dois princípios se completam, conspirando para o surgimento da única verdade que interessa para o processo, sendo a verdade processualmente válida.

Princípio da razoável duração do processo

Entende-se este princípio, o tempo suficiente para adequada resolução da lide, sem prejuízo do próprio direito objeto do litígio e evitando a perda superveniente da utilidade do provimento final para os envolvidos. A razoável duração do processo é de fundamental importância, e antes da existência desse princípio, o Brasil, como signatário do Pacto de São José da Costa Rica, já previa a duração razoável, nos termos do artigo 8º, vejamos:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (BRASIL, 1988).

O art. 5º inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, dispõe de forma expressa que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Desse modo, a razoável duração do processo consiste em uma ordem constitucional no sentido de que a prestação jurisdicional deva ser entregue de maneira eficaz e tempestiva, qualquer que seja o seu resultado.

Princípio da imparcialidade

O princípio da imparcialidade do juiz, dispõe sobre a sua independência, o qual este equidistante das partes, dará a cada um, o que é seu, o que restaria prejudicado se exercido por um magistrado parcial.

Essa imparcialidade é consagrada pela Constituição Federal de 1988, onde assegura ao magistrado prerrogativas com o objetivo de evitar que sofra qualquer tipo de influências ou coações.

Destaca-se que diante dessas prerrogativas, que tem finalidade de garantir a sua imparcialidade, há previsão legislativa no qual o magistrado está impedido de atuar em determinadas causas por ausência de capacidade subjetiva.

Deste modo, para assegurar a devida aplicação do princípio da imparcialidade do juiz, o Código de Processo Penal, estabeleceu causas de impedimento e suspeição, que em sendo confirmadas, poderão impedir sua atuação no processo (CARAZAI, 2017).

Fundamentos da ideia do Juiz da Garantia

A lei 13.964/2019, antigo PL 10.372/2018, conhecida como Pacote Anticrime, publicada no dia 24 de dezembro de 2019, no Diário Oficial da União, trouxe várias inovações legislativas, sendo uma delas a implantação do Juiz das Garantias, o qual terá a presença de um magistrado na fase da investigação criminal, que atuará como garantidor dos direitos e garantias do investigado e decidirá sobre os atos procedimentais dessa fase preliminar, como as medidas cautelares, os meios de investigação, bem como os pedidos de liberdade provisória (WALMSLEY; CIRENO; BARBOZA, 2020).

Na fase processual, terá a presença de um Juiz Natural, que será responsável pela produção das provas e do julgamento do mérito da acusação. Esse juiz natural, não poderá ter acesso aos autos do inquérito policial, uma vez que, se praticar qualquer ato da fase preliminar, ficará impedido de atuar na fase da instrução e julgamento.

Em síntese, o Juiz das Garantias será o responsável pela fase preliminar, cessando sua competência a parti do recebimento da denúncia, momento em que atuará o Juiz Natural no processo penal para o julgamento do investigado.

Embora a implantação da figura do Juiz das Garantias tenha ocorrido no Brasil tão somente no ano de 2019, vários países da Europa e América Latina já haviam adotado este modelo de persecução penal.

De acordo com o jurista Fabiano Augusto Martins Silveira, a separação entre as funções judiciais atinentes à investigação e ao processo é uma tendência bem consolidada na experiência internacional, podendo ser citado como exemplos o *giudice per le indagini preliminar* na Itália, o *juiz da instrução* em Portugal e o *juez de garantia* no Chile. Destaca-se que em todos esses casos, a separação das funções dos juízes das fases investigativa e processual, manteve as particularidades de cada ordenamento jurídico (STF, 2020).

Função do Juiz das Garantias

Conforme disciplinado no capítulo anterior, o juiz das garantias atuará como garantidor dos direitos e garantias do investigado e decidirá sobre os atos dessa fase, como as medidas cautelares, os meios de investigação, bem como os pedidos de liberdade provisória, dentre outras. Para melhor compreendermos a função do juiz das garantias, faz-se necessário uma breve exposição sobre os direitos fundamentais do investigado, a presunção de inocência e as medidas cautelares probatórias, que são as peculiaridades inerentes a fase investigativa.

Direitos fundamentais

Diante da implantação do juiz das garantias, que atuará como garantidor dos direitos fundamentais do investigado faz-se necessário destacar que há consagração constitucional de modo que a aplicação do direito penal deve ser estruturada na Constituição Federal e fundamentado em princípios primordiais para garantir as partes um procedimento justo e digno.

Os direitos fundamentais, segundo a concepção de Brega Filho (2002, p. 66), “seriam os interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar a todas as pessoas [...], é o mínimo necessário para a existência da vida humana”. Deste modo, os direitos fundamentais possibilitam que as pessoas investigadas façam valer seus direitos frente ao Estado detentor da aplicabilidade da norma, a não violação de suas garantias consagradas.

Presunção de inocência

Trata-se de uma garantia processual prevista no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, o qual é conferido ao investigado pela prática de determinada infração penal.

Extraí-se desse princípio duas importantes regras fundamentais, sendo a regra probatória, o qual incube a acusação provar o que alegar e a regra de tratamento do investigado, que não poderá ser tratado como culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Durante o curso das investigações e do processo, o investigado deverá ser tratado como um cidadão não culpado, e só deverá sofrer medidas de natureza pessoal ao final do processo, ou cautelarmente, quando elas forem efetivamente necessárias.

Das medidas cautelares probatórias

Conforme disciplinado em momento anterior, o juiz das garantias, que atuará na fase preliminar será o responsável por analisar os pedidos cautelares probatório, tais como: a interceptação telefônica; o acesso a informações sigilosas; a busca e apreensão e outros meios de prova da fase investigativa, como forma de garantir a imparcialidade do julgador que irá julgar o processo futuramente.

Essas cautelares probatórias serão requeridas pelo Ministério Público ou pelo Delegado de Polícia, cabendo ao juiz das garantias analisar a viabilidade dessa medida cautelar probatória, velando pela salvaguarda dos direitos e garantias individuais do investigado e pela imparcialidade do magistrado que julgará o caso.

Controle da investigação criminal

Como advento da Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, implementou-se no Código de Processo Penal o Juiz das Garantias, conforme disciplinado no artigo 3º-B, sendo o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais (GOMES, 2010, p. 40).

Diante desse novo cenário, o investigado, sujeito do processo penal, possuidor de direitos e garantias que são amparados pelo Poder Judiciário, o magistrado julgará o processo, restrito à observância da legalidade da atividade investigatória.

Segundo entendimento do doutrinador Ferrajoli, a separação entre as funções de acusar defender e julgar é o essencial do sistema acusatório, vez que a atuação do magistrado na fase preliminar somente se revela admissível com a finalidade de proteger as garantias fundamentais dos investigados.

O jurista Luís Geraldo Lanfredi (2006a, p. 826) salienta que:

En un proceso de corte adversarial, caracterizado, como ya se ha visto, por la especificidad de las funciones atribuidas a las partes en la determinación de la marcha del proceso y en la producción de la prueba, la actividad del "juez" en la fase que precede al juicio - momento en que el poder punitivo del Estado ya produce drásticas y indelebles consecuencias, y lo hace en el ámbito personal, sobre todo, modificando el entorno del sujeto - no puede prestarse para sumar aún más fuerza contra ella, sino que debe compensar todas las diferencias y desequilibrios que se interponen entre la persona y las agencias del sistema penal que las persiguen. A todas luces, este "juez penal

específico”, como lo denomina Bertolino (2000, p. 2-3), tiene atributos especiales y sólo debe desarrollar roles típicamente jurisdiccionales que conforman su dimensión sociológica comprensiva de todo fenómeno de interacción de hechos y personas dentro del proceso, jugando “un papel de resistencia y de no rebasamiento de la función judicial hasta una mera práctica policial cualificada”.

Lejos de la gestión (y la contaminación) de actividades inquisidoras (propias del polifuncional “juez de instrucción” de herencia napoleónica), la labor primordial del “juez” en esta fase inicial de la persecución penal es operar garantías y al mismo tiempo supervisar la ¹legalidad de las actuaciones e injerencias de las otras agencias, retomando el modo más específico y legitimado del ejercicio de la función (de definir al derecho) que la Constitución le asigna. “Volver a la jurisdicción”, en este marco, como explica Ruggiero (1996: p. VIII), significa evitar que la jurisdicción en este primer instante del proceso penal se resuelva en una apariencia de control que traicione la primordial actividad de tutela de los derechos fundamentales, que es su meta fundamental.

Compreende-se que com a implantação deste instituto, tem se atuação do juiz das garantias na fase preliminar e na fase processual, o juiz da causa criminal, garantindo a imparcialidade do julgador e a aplicação das garantias do investigado. Nessa perspectiva, aponta o doutrinador Alexandre Morais da Rosa (2020, p. 345-350):

A separação, sem comunicação ostensiva, entre as fases procedimentais, modifica o modo como se prepara o julgamento, já que não se trata da mera modificação do personagem que conduz o processo e sim porque o Juiz do Julgamento somente recebe o sumário da primeira fase e não os autos na totalidade, os quais deverão permanecer acautelado no

¹ Em processo contraditório, caracterizado, como já se viu, pela especificidade das funções atribuídas às partes na determinação do andamento do processo e na produção de provas, a atividade do “juiz” na fase que a precede o julgamento - momento em que o poder punitivo do Estado já produz consequências drásticas e indelévels, e o faz no âmbito pessoal, sobretudo, modificando o ambiente do sujeito - não pode se prestar a agregar ainda mais força contra ele, mas antes deve compensar todas as diferenças e desequilíbrios que existem entre a pessoa e os órgãos do sistema penal que os perseguem. É claro que esse “juiz penal específico”, como Bertolino (2000, p. 2-3) o chama, tem atributos especiais e só deve desenvolver papéis tipicamente jurisdicionais que compõem sua dimensão sociológica abrangente de todos os fenômenos de interação de fatos e pessoas no processo, desempenhando “um papel de resistência e de não ultrapassar a função judicial até mera prática policial qualificada” (FERRAJOLI, 2006 p. 826). Longe da gestão (e contaminação) das atividades inquisitoriais (típicas do multifuncional “juiz de instrução” do patrimônio napoleônico), a tarefa primordial do “juiz” nesta fase inicial do processo penal é operar garantias e ao mesmo tempo fiscalizar a legalidade das ações e interferências dos demais órgãos, retomando a forma mais específica e legítima de exercer a função (de definir o direito) que a Constituição lhe atribui. “Retornar à jurisdição”, neste quadro, como explica Ruggiero (1996, p. VIII), significa evitar que a jurisdição neste primeiro instante do processo penal se resolva em uma aparência de controle que trai a atividade primária de tutela dos direitos fundamentais, que é o seu objetivo fundamental.

Juiz das Garantias (CPP, art. 3-B, § 3º), com acesso às partes (CPP, art. 3-B, § 4º), acabando-se com o uso manipulado de declarações da fase de investigação (...) . Abandona-se o procedimento escrito/inquisitório em nome da oralidade e imediação que deverão presidir os pedidos, normalmente em audiências presenciais ou por videoconferência (exceção justificada). O grande salto é que não se terá mais a lógica atual dos autos do processo, justamente porque ele deixa de ser contínuo, a saber, não se transfere simplesmente os autos do Juiz das Garantias para o Juiz de Julgamento. Cindir as funções entre Juiz de Garantias e Juiz de Julgamento sem uma radical separação de autos transforma a reforma em mera falácia garantista, diria Ferrajoli. Os autos do Juiz das Garantias ficam acautelados na secretaria (CPP, art. 3º-C, § 4º: "Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias), devendo, por oportunidade da Audiência de Instrução e Julgamento cada uma das partes/jogadores, levar o material probatório a ser apresentado, sem juntada aos autos, isto é, rompe-se com a tradição escrita de se juntar tudo aos autos para deliberação.

Desse modo, a implementação do Juiz das Garantias no ordenamento jurídico Brasileiro, permite um amplo controle da investigação criminal, ou da fase preliminar, bem como a efetiva imparcialidade dos magistrados.

Críticas/benefícios a implemen]tação do juiz das garantias

O instituto Juiz das Garantias implementado pela lei 13.964/2019 trouxe grandes reflexos ao ordenamento jurídico brasileiro. Conceitualmente entende-se ter, um juiz responsável pelas decisões na fase preliminar e outro pelo julgamento do caso em concreto. O juiz da fase investigativa seria o juiz das garantias, e junto com o juiz da segunda fase, seriam assim, responsáveis por assegurar a imparcialidade e legalidade processual.

Tal instituto tem sido alvo de relevantes críticas no ordenamento jurídico brasileiro, como por exemplo: a dificuldade de implementação; a inconstitucionalidade/constitucionalidade dos dispositivos e a necessidade de previsão constitucional.

Embora a Lei 13.964/2019 esteja regularmente publicada, encontra-se o instituto do Juiz das Garantias, suspenso por prazo indeterminado, conforme decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, vez que a aplicabilidade dos dispositivos elencados nela, demandaria profunda alteração direta e estruturalmente no funcionamento das unidades judiciárias criminais do país.

A dificuldade de implementação refere-se a estrutura do poder judiciário no país, vez que em diversos Estados, há inúmeros cargos vagos, servidores afastados e outros prestando serviços divergente do designado, sendo que a maioria das comarcas são varas únicas, tendo apenas um magistrado para atender duas ou mais jurisdição, o que tornaria impossível o rodizio de uma comarca a outra para atuar como juiz das garantias, o que causaria um grande impacto financeiro com viagens, diárias, fora que, ausente uma magistrado da comarca para atender em outra, paralisaria os seus processos.

Nas comarcas que possuem duas ou mais varas, a sistemática não é diferente. Os juízes têm 2 (dois) meses de férias por ano, ou seja, durante 4 meses só haverá 1 juiz e outro deverá ser convocado, mas, quando estão os dois, cada um é responsável por uma vara, seja por exemplo um atuando no cível e outro no criminal. Desta feita, a aplicabilidade do instituto do Juiz das Garantias enseja uma completa reorganização da justiça criminal no país.

No que se refere a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da Lei 13.964/2019, mais precisamente o Juiz das Garantias, destacam-se dois fatores, sendo o primeiro no âmbito formal, pela violação às normas de organização judiciária prevista no artigo 96 da Constituição Federal de 1988, e a segunda no âmbito material, pela ausência de dotação orçamentária e de estudos de impacto prévios para sua implementação. Contudo, observamos, que tal instituto está previsto em lei, tendo o Congresso Nacional atuado no âmbito de sua competência e o presidente da República exercendo o poder que lhe faculta o artigo 66, parágrafo 1º da Carta Magna.

Por outro lado, a aplicabilidade do Juiz das Garantias no Brasil é projetada como guardião da legalidade das investigações e como garantia dos direitos fundamentais do investigado. Esse sistema processual apresenta a separação das funções do juiz, tendo um responsável pela fase preliminar e outro pelo julgamento do caso em concreto. Nesse sentido Mendes (2013, p. 11), afirma que “há de se intervir no processo pelo menos dois juízes, um para a fase de investigação e outro para a fase de processamento e julgamento, sem o que restaria prejudicada a garantia da independência judicial”.

Tendo um magistrado exclusivamente responsável pela fase preliminar, fortalecerá a atuação jurisdicional na fase investigativa e reduzirá os riscos de contaminação do juiz responsável pela instrução e julgamento, fortalecendo sua imparcialidade, trazendo ainda mais segurança jurídica na resolução de processos. No mesmo sentido esclarece Machado (2020, p. 3):

[...] o que se tem, portanto, com o juízo de garantias está para além de uma simples alteração formal nas regras de competência ou no método de organização judiciária” - “trata-se, sem qualquer exagero, de uma verdadeira revolução política no campo do processo penal em direção a um paradigma de maior compromisso democrático.

Considerações finais

O direito de punir surge com a prática da infração penal, onde o Estado, detentor do poder punitivo, por meios de regras pré-estabelecidas aplica uma sanção visando resguardar a sociedade e a vida do indivíduo infrator. A par desse poder punitivo, nasce para o infrator os direitos e as garantias fundamentais constitucionalmente consagrados.

Compreende-se que os direitos fundamentais, abrangem os direitos individuais, os sociais, os coletivos e aqueles que interessam a humanidade de modo em geral. Segundo Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 73), esses direitos são:

São fundamentais ao desenvolvimento pleno e a felicidade da pessoa humana vista não somente do prisma individual, com alguém autônomo, deslocado da comunidade onde vive, mas, ao contrário, inserida num universo maior, os coletivos, e aqueles que interessam a humanidade em geral.

A par do conceito do entendimento dos direitos fundamentais, faz-se necessário distingui-lo das garantias fundamentais, vez que essa está voltada a assegurar a fruição desses direitos.

Constituem direitos fundamentais, os exaltados na Constituição Federal, tais como os direitos individuais, os coletivos, os sociais e políticos, sendo indispensáveis ao pleno desenvolvimento do cidadão, frente ao Estado que tem por obrigação de respeitar, garantir a sua fruição e protegê-los. As garantias fundamentais são os instrumentos constitucionais colocados à disposição dos indivíduos para fazer valer os direitos fundamentais (NUCCI, 2020, p. 78-80).

A Constituição Federal de 1988, trouxe expressamente a preferência pelo sistema acusatório, em razão da separação de poderes durante a persecução penal, bem como consagrou o devido processo legal, que assegura um julgamento com imparcialidade.

A separação da função de acusar e julgar do sistema acusatório, destina-se as partes distintas nas relações processuais, sendo o processo conduzido pelos princípios da Ampla Defesa, do Contraditório e da Presunção de Inocência, e o órgão julgador, dotado de imparcialidade, atua de forma equidistante das partes.

Verifica-se com a implantação do Juiz das Garantias, que atua na fase pré-processual, o controle da investigação, resguardando os direitos individuais do agente investigado, firmando sua condição como sujeito processual, titular de direitos e garantias que devem ser observados pelo poder judiciário, consolidando o sistema acusatório adotado.

O Instituto do Juiz das Garantias, conforme exposto, se amolda perfeitamente ao sistema acusatório, e constitui sem dúvidas num instrumento eficaz de tutela de imparcialidade do órgão julgador, garantias e direitos do agente infrator, representando um importante avanço no Direito Penal e Processual Penal brasileiro.

Referências

- BAYER, D. A. Princípios fundamentais do direito processual penal. *Jusbrasil*, 2011. Disponível em: <<https://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943165/principios-fundamentais-do-direito-processual-penal-parte-03>>.
- CARAZAI, M. M. A interpretação do STF sobre o direito ao silêncio e o contraditório no processo penal. *Marcos Carazai*, 21 out. 2017. Disponível em: <<https://www.marcoscarazai.com.br/Direito%20ao%20Sil%C3%Aancia>>.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *A implantação do juiz das garantias no poder judiciário brasileiro*. Brasília: CNJ, 2020.
- GARCIA, A. D. *O juiz das garantias e a investigação criminal*. 2014. 201 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- GOMES, L. F.. O Juiz de (das) Garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 7, n. 40, 2010.
- MACEDO, T. F. Os princípios constitucionais no processo penal. *DireitoNet*, 17 nov. 2020. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2337/Os-principios-constitucionais-no-processo-penal-e-limite-ao-poder-punitivo-do-Estado>>.
- MORAIS DA ROSA, A. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. Florianópolis: EMais, 2020.
- NUCCI, G. D. *Curso de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- NUCCI, G. D. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PACHECO, E. D. *Princípios norteadores do direito processual penal*. *Ambito Jurídico*, 30 abr. 2007. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-40/principios-norteadores-do-direito-processual-penal/>>.
- PIETRO JÚNIOR, J. C. G. Sistema acusatório. *Ambito jurídico*, 13 set. 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/o-sistema->

acusatorio-no-processo-penal-brasileiro-e-a-adocao-do-modelo-inquisitorial-system-na-gestao-da-prova-pelo-juiz/>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Secretaria de Documentação Coordenadoria de Biblioteca. *Juris das garantias*: bibliografia, legislação e jurisprudência temática. Brasília: STF, 2020.

WALMSLEY, A.; CIRENO, L.; BARBOZA, M. N. (org.). *Inovações da Lei 13.964/2019*. Brasília: Ministério Público Federal, 2020.

A responsabilidade civil médica em casos de danos estéticos

Medical civil liability in cases of aesthetic damage

Shaiannylla Oliveira Freitas*

Ígor Lacerda de Oliveira**

Resumo: A busca pela perfeição estética tem sido cada vez mais frequente na sociedade, cada vez mais cedo as pessoas procuram meios de corrigir o que consideram imperfeições em seu corpo, em sua estética. Isso tem se intensificado em função da influência midiática que mostra nas propagandas, novelas, filmes e revistas o que é considerado um corpo perfeito fazendo com que as pessoas comuns se sintam impelidas a alcançar tal perfeição. A partir de uma revisão bibliográfica pretende-se analisar a necessidade de responsabilização civil do médico em razão de danos estéticos originado nos procedimentos cirúrgicos e estéticos. A realização de tais procedimentos em muitos casos tais procedimentos acaba resultando em danos estéticos e, desta forma o médico é responsabilizado civilmente e precisa reparar o dano causado ao paciente. Para que tal reparação aconteça é necessário constatar a lesão moral ou patrimonial originada no dano que pode ter sido causado por uma ação ou omissão do médico, assim a reparação do ponto de vista civil pode se dar no âmbito moral ou material.

Palavras-chave: Cirurgia estética; Danos estéticos; Médico; Responsabilidade Civil.

Abstract: The search for aesthetic perfection has been more and more frequent in society, people are increasingly looking for ways to correct what they consider imperfections in their bodies, in their aesthetics. This has been intensified due to the media influence that shows in advertisements, soap operas, movies and magazines what is considered a perfect body, making common people feel impelled to achieve such perfection. Based on a literature review, it is intended to analyze the need for civil liability of the physician due to esthetic damage caused by surgical and esthetic procedures. The performance of such procedures, in many cases, such procedures end up resulting in aesthetic damage and, in this way, the doctor is civilly liable and needs to repair the damage caused to the patient. For such repair to take place, it is necessary to verify the moral or property damage arising from the damage that may have been caused by an action or omission of the physician, so the repair from a civil point of view can take place in the moral or material scope.

Keywords: Cosmetic surgery; Cosmetic damage; Doctor; Civil responsibility.

Recebido em: 21/9/2022
Aprovado em: 13/11/2022

* Graduada em Direito pela Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste).

** Mestrando em Desenvolvimento Local pela UNISUAM. Graduado em Direito pela Universidade Vale do Rio Doce (UNIVALE). Especialista em Direito Tributário e Processo Civil. Professor da Faculdade de Direito do Leste de Minas (Fadileste) e da Faculdade do Futuro. Advogado. E-mail: igor@igorlacerda.com.br.

Introdução

Cada vez mais tem se visto a corrida da sociedade em busca da perfeição na aparência. Sabe-se que o corpo, ao longo, do tempo, sofre com inúmeras transformações físicas e até mesmo psicológicas. E isso torna-se mais claro a partir das influências que cada pessoa sofre pela mídia ainda mais intenso na era digital, por um padrão ou uma idealização do corpo considerado ideal (TOMAZ *et al.*, 2020).

Assim, construiu-se uma concepção onde aquele que não está dentro dos padrões de beleza estabelecidos não é considerado atraente e são constantemente julgados pelo padrão vigente que funciona como uma válvula de aceitação para os mais diversos ambientes sociais. Tudo isso porque o corpo é considerado uma grande ferramenta ao qual surgiu um culto voltado à perfeição, fazendo com que se estabeleça certa obsessão por essa perfeição (ADAMS, 1977).

Ana Raquel Mendes Santos *et al.* (2013, p. 136) ressaltam que: “Portanto, o que é visto como belo, causa satisfação, prazer e agrado ao observador e, assim, o corpo se torna um objeto trabalhado e construído de acordo com as regras que fazem dele o passaporte para a felicidade”. Esse é um pensamento que está presente em toda a sociedade e esclarece os motivos dessa constante e incessante busca pela perfeição que muitas vezes se traduz na busca por procedimentos estéticos e cirúrgicos.

O Brasil é um dos países que mais realiza cirurgias plásticas no mundo. Acredita-se que tal fato decorre de um padrão de beleza imposto à sociedade que tem sido cada dia mais inalcançável. Na busca por esse padrão, as clínicas estéticas estão cada vez mais lotadas por indivíduos com grandes expectativas de mudanças.

A realização de intervenções cirúrgicas estéticas, porém podem resultar em consequências que não agradam o paciente, tal como cicatrizes e queloides. Além disso, nem sempre as expectativas do paciente são satisfeitas o que pode gerar a insatisfação do mesmo.

Ressalta que o paciente de um cirurgião plástico não está doente, porém recorre ao médico a fim de buscar satisfazer alguma necessidade de correção de algo que consideram um defeito ou um problema estético. Assim, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 192):

Interessa-lhes, precipuamente, o resultado. Se o cliente fica com aspecto pior, após a cirurgia, não se alcançando o resultado que constituída a própria razão de ser contratado, cabe-lhe o direito à pretensão indenizatória. Da cirurgia malsucedida surge a obrigação indenizatória pelo resultado não alcançado. O cirurgião plástico

assume obrigação de resultado porque o seu trabalho é, em geral, de natureza estética.

É interessante dizer que o tão falado padrão de beleza vem sendo modificado ao longo dos séculos, onde cada época possui um padrão específico, mas que tem ganhando cada vez mais importância na contemporaneidade. Tudo isso, tem sido proporcionado, sobretudo, pela mídia que veio instituindo uma adoração pela beleza que se impôs à sociedade de modo geral (RUARO, 2014).

Contudo, aquele que busca a realização de tais procedimentos nem sempre está somente preocupado com sua saúde, mas sim com a sua aparência e buscam uma sensação de pertencimento ao padrão estético de beleza imposto pela sociedade.

Isso se dá em função da pressão da mídia que tem conseguido influenciar a percepção que o indivíduo tem de si afetando sua autoestima. A aparência tem ganhado maior ênfase e transformado o comportamento das pessoas que, podem em alguns casos, ver a beleza como um valor social que determina o seu sucesso ou fracasso, seja nas relações interpessoais ou na questão profissional (FERRAZ; SERRALTA, 2007).

Observa-se, portanto, que é inegável a busca cada vez maior de parcela da sociedade por cirurgias estéticas no intuito de alcançar uma imagem impecável, para alcançar uma satisfação pessoal de algo que nem sempre é resolvido com o procedimento estético ou que pode não produzir o resultado desejado pelo paciente.

Tal reparação muitas vezes se dá mediante procedimentos estéticos e cirúrgicos. Fator que tem impulsionado a realização de cirurgias estéticas plásticas que criam a falsa ilusão, no paciente após o procedimento, de pertencimento à sociedade por responder ao padrão de beleza estabelecido.

De acordo com Alexandre Rodrigues de Paula (2019, p. 35-36):

Devido a essa crescente demanda pelas cirurgias plásticas, diversos profissionais da área médica buscam focar sua atuação nessa área da medicina. Entretanto, esse fator acaba por provocar um aumento de médicos que, visando um lucro grande e imediato, acabam por oferecerem serviços estéticos sem os devidos conhecimentos, gerando os diversos tipos de danos já vivenciados por muitos e divulgados na mídia. Cicatrizes permanentes, deformidades na face e até mesmo mutilações pelo corpo são exemplos já noticiados em decorrência de procedimentos estéticos e que, por óbvio, acarretam à pessoa afligida por sentimentos de tristeza, infelicidade e, principalmente, baixa autoestima.

Assim, em paralelo com a grande busca por cirurgias plásticas e procedimentos estéticos visando o alcance de um padrão de beleza visto nos programas de televisão,

nas revistas e em campanhas publicitárias muitas pessoas tem se frustrado com o resultado. E isso tem feito surgir uma demanda pela responsabilização do profissional ou médico que realizou o procedimento estético.

Agora o paciente ao se deparar com alguma sequela do procedimento que realizou ou até mesmo por não estar satisfeito com o resultado obtido sente-se lesado no seu direito e na relação estabelecida com o médico. Há, nesse momento um dano estético que se caracteriza por configurar uma agressão à autoestima do indivíduo de forma a afetar tanto a sua saúde quanto a sua integridade física (PARRA, 2018).

Desta forma, o dano estético segundo o Código Civil de 2002 estabeleceu no rol do seu texto que:

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido (BRASIL, 2015, p. 209).

Assim, quando o resultado de algum procedimento estético ou de cirurgia plástica é uma alteração na aparência do indivíduo, que pode lhe ocasionar sentimentos ruins, aparência que possa provocar humilhação ou desgosto ou até mesmo sentimento de tristeza, infelicidade e baixa autoestima, configura-se o dano estético.

Ressalta-se ainda:

[...] o dano estético materializa-se no aspecto exterior da vítima, enquanto o dano moral reside nas entranhas ocultas dos seus dramas interiores; o primeiro, ostensivo, todos podem ver; o dano moral, mas encoberto, poucos percebem. O dano estético, o corpo mostra, o dano moral, a alma sente (OLIVEIRA, 2011, p. 243).

Diante disso, tem sido também cada vez mais recorrente a busca pela responsabilização civil do médico quando há danos médicos. Assim, a jurisprudência Brasileira consolidou o entendimento que sobre o médico incide a responsabilidade civil subjetiva:

[...] em se tratando de cirurgia estética, via de regra, a responsabilidade civil do médico é subjetiva, com culpa presumida, porquanto assume obrigação de resultado, de modo que incumbe ao paciente, credor da prestação dos serviços, comprovar os danos sofridos, a conduta culposa do médico e o nexo de causalidade. II. Comprovado que não foi observado o dever de informação quanto aos riscos

inerentes à utilização do produto aplicado no corpo do autor e que o procedimento realizado ocasionou imperfeições que não existiam antes da intervenção médica, gerando nítida lesão na sua aparência, além de graves problemas de saúde, cabível a indenização por danos morais e estéticos (TJDFT, 2020, p. 1).

Assim, comprovada a culpa do médico que tinha a obrigação de oferecer o resultado acordado com o paciente, ele será responsabilizado civilmente pelos danos causados. É desse contexto que surge o problema desta pesquisa: Quais são as consequências para o médico que em procedimento estético provoca danos o paciente?

Pretende-se, portanto, ao longo deste estudo demonstrar a responsabilização civil cabível ao médico que gerou algum dano ao paciente a partir de um procedimento estético bem como analisar a relação entre o dano moral e o dano estético, discutir os deveres e obrigações do médico; observar o erro médico e suas consequências, entender o que é dano; examinar a possibilidade de indenização por dano estético.

Será realizada uma pesquisa de cunho bibliográfico a partir da leitura e discussão da doutrina, legislação, jurisprudência e estudos acadêmicos acerca da possibilidade de responsabilização civil do médico que em sua atitude provocou algum dano estético ao paciente.

A estética e sua importância para as pessoas

A literatura tem mostrado que ao longo dos tempos a estética tem se tornado parte importante para a vida das pessoas. A estética tem sido buscada como meio para elevar a autoestima e o bem-estar das pessoas. De acordo com Camila Suenaga *et al.* (2012, p. 2):

A busca da beleza e do esteticamente belo [...] é tão antiga quanto à existência da humanidade. O estilo e o asseio pessoal se transformaram muito ao longo da história e refletiram as tradições e costumes de períodos específicos. Portanto os padrões de beleza modificam-se a cada época em função da sua evolução comportamental. Idealiza-se que a estética e a beleza acompanhem sempre o padrão utilizado como ideal.

É notório que há uma supervalorização do corpo e da sua estética estando isso relacionado com a automotivação pessoal.

A este respeito, Babieli Corsini Baccoli (2018, p. 12-13) declara que:

Atualmente, a busca por um padrão de beleza é uma corrida contra o tempo, a cada minuto há uma informação nova, um novo produto, um novo tratamento estético, uma nova tendência, um novo estilo. Já é sabido que a vaidade é uma marcante característica do povo brasileiro, e o campo da estética é bastante amplo, por este motivo justificam-se os procedimentos e tratamentos de embelezamento que mais influenciam na automotivação e autoestima dos seres humanos [...] É perceptível no decorrer dos últimos anos, e comprovado com dados científicos de pesquisas, que cada vez mais as pessoas buscam na estética resultados que elevem a autoestima e bem-estar.

As pessoas raramente estão satisfeitas consigo mesmo e principalmente com o seu corpo e isso as estimula a agir buscando corrigir as imperfeições que acreditam ter.

Para o indivíduo é importante que ele se sinta automotivado, tal fator faz com que as pessoas tenham entusiasmo, felicidade e prazer. Essa motivação o impele a buscar alcançar suas metas e objetivos, principalmente quando se trata da busca pela satisfação com a sua aparência.

Além disso, fatores como a grande exposição midiática de padrões de beleza que são impostos à sociedade fazem com que as pessoas tenham uma percepção de si relacionada com os padrões presentes na mídia. Para Tamila J. Borba e Faviana Marin Thives (2020, p. 2), a pressão externa,

[...] através da mídia e dos padrões de beleza, acaba mobilizando o indivíduo em sua percepção de si e, concomitantemente, na sua autoestima. Atualmente, as relações entre as pessoas estão cada vez mais efêmeras, sendo a aparência, ou seja, a impressão física, um importante elemento de julgamento nas interações sociais. O comportamento se estrutura no que é considerado mais belo ou menos belo. Assim, a beleza passa a ser um valor social que pode garantir sucessos ou fracassos, tanto nas relações interpessoais quanto na vida profissional.

A palavra estética tem origens na palavra grega *aisthesis* e significa inspirar ou conduzir. Em um contexto mais amplo está relacionada com a capacidade que o ser humano tem de se sentir a si mesmo e ao mundo como um todo (DUARTE, 2001).

A estética sempre esteve relacionada com questões filosóficas e em cada época tem seus próprios modelos e padrões. Mas em um contexto geral está ligada à compreensão do belo.

É preciso considerar, portanto, que a imagem da pessoa é definida a partir da imagem que cada pessoa tem de si. Isto é, trata-se de uma representação mental relacionada ao contorno, tamanho e aparências, isso acontece a partir de um processo dinâmico onde são consideradas sensações e vivências próprias ou também em sociedade. Destaca-se que esse processo de construção da percepção que a pessoa tem de si é totalmente influenciado por fatores históricos, culturais, biológicos, individuais e sociais que com o passar do tempo constroem uma ideia multidimensional em relação ao tamanho e à aparência do corpo bem como de suas respostas emocionais que estão ligadas à satisfação pessoal (SANTE; PASIAN, 2011).

Tudo isso tem influenciado as pessoas a buscar incansavelmente uma ideia de perfeição estética. E para alcançar esse cenário possivelmente perfeito as pessoas tem se submetido cada vez a procedimentos estéticos cirúrgicos voltados a corrigir as imperfeições que acreditam ter e tal fator tem suscitado a discussão sobre a responsabilização civil do médico quando há a ocorrência de um erro médico.

A responsabilidade civil: contexto histórico

Como qualquer ramo do Direito a responsabilidade civil sofreu transformações ao longo de tempo influenciadas pelas transformações ocorridas na sociedade. Contudo, de um modo geral, a responsabilidade civil sempre figurou como um instrumento voltado a reparar um dano que se originou em um ato ilícito.

Flávio Tartuce (2019, p. 18) explica que

Desde a antiguidade, o tema da responsabilidade civil goza de enorme prestígio social. Com os primeiros relacionamentos humanos, em particular os obrigacionais, surgiram os conflitos, as relações endêmicas, as patologias, os crimes, bem como as disputas familiares e tribais. Essa época ficou conhecida como período de Talião, em que o castigo servia como punição pela violência praticado contra outrem. Cumpre assinalar que a violência da repressão poderia ser igual ou até maior do que o ato anterior. A Lei de Talião – expressa na máxima “olho por olho, dente por dente”.

Dentro de um contexto histórico, a responsabilidade civil em sua primeira fase, a culpa do agente não era considerada. Assim, a ação ou omissão e o dano causado eram elementos suficientes para impelir à responsabilização do agente (AMORIM, 2011).

Segundo palavras de Fernando Penafiel (2013, p. 2):

O marco inicial da responsabilidade civil em Roma relaciona-se com referido período, fazendo com que a retaliação, antes pertencente ao grupo dominante, passasse a ser reconhecida e legitimada pelo Poder Público. É a chamada *vingança privada*, ou *vendetta*. Vigorava a Lei de Talião, sintetizada pela ideia de “olho por olho, dente por dente”. [...] Daí a desnecessidade ou inaplicabilidade da culpa do ofensor.

A partir deste momento, surge a chamada vingança privada onde cada pessoa reage de maneira instintiva ao dano que lhe era causado. Paulo Henrique Amorim (2011, p. 1) ressalta que:

[...] dentro deste contexto, a vingança privada ou represália passou a ser regulamentada pelo poder dominante da época. Fundamentado no princípio da Lei do Talião, da retribuição do mal pelo mal, conhecido até hoje pela expressão “*olho por olho, dente por dente*”, reagia-se contra o mal injusto, desta feita, porém, com a intervenção do poder público, que ditava quando e como, a vítima da agressão teria o direito de retaliação, proporcionando à mesma, o direito de lesar o agressor inicial, de forma idêntica à que antes sofrera. Era a chamada “*pena de Talião*”. Importante ressaltar que, neste período não se tinha a noção sobre a distinção entre a responsabilidade civil e responsabilidade penal, tudo ainda era compreendido como “pena” imposta ao agressor (AMORIM, 2011, p. 1)

Então, passou a vigorar a vingança individual ou privada, onde a justiça era feita pelas próprias mãos do indivíduo lesado. As reações a uma ofensa ou ato lesivo eram violentas e individuais (DINIZ, 2014).

Esse momento ensejou a construção da ideia de necessidade que o Poder Público passasse a ser o ente regulador da reparação de danos. O Estado era inerte e prevalecia a responsabilidade objetiva. Após este período, iniciou-se uma fase em que a vítima recebia vantagens econômicas por conta dos danos que lhe foram causados. Essa medida tornou-se mais adequada que o emprego de violência como forma de retaliação. E, então a vingança foi substituída pela compensação pecuniária, onde deu-se origem ao princípio de que o patrimônio do agressor responderia por prejuízos que o mesmo provocasse e passa a ser obrigatória e tarifada como instrumento de reparação à vítima (GONÇALVES, 2009).

Mais adiante surge a Lei das XII Tábuas fixando como pena o pagamento obrigatório de valores pelo agressor. A partir de então, o patrimônio ficou obrigado a responder pelo dano. É o que explica Lorena Moreira Santos (2012, p. 64):

[...] o Poder Público começou a intervir apenas com o propósito de evitar punição em excesso, declarando quando a vítima poderia ter direito à vingança, causando ao autor do ato ilícito um dano semelhante ou igual ao sofrido pelo lesado. Este critério se encontra presente na Lei das XII Tábuas, tábua VII, lei 11.^a: “si membrum rupsit, ni cume o pacit, talioesto” (se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo).

A composição tarifada, imposta na lei, fixava em casos concretos valores de pena que o agressor deveria pagar. Logo, a Lei das XII Tábuas fixou o *quantum* para composição obrigatória como princípio geral fixador da responsabilidade civil.

Além disso, o Poder Público passou a intervir a fim de evitar excessos de punição, por isso a Lei das XII Tábuas estabeleceu princípios gerais de responsabilização. Assim, aquele que produzisse danos a outrem sofreria sanções conforme a Lei do Talião exceto em casos de acordo entre a vítima e o agressor (DINIZ, 2014).

Buscava-se a conciliação entre as partes e com isso, pretendia-se evitar que o ofendido praticasse algum tipo de retaliação ao seu agressor e, este, por sua vez, realizaria uma compensação pecuniária visando reparar o dano causado. O surgimento da Lei Aquila, por sua vez, firmou a reparação pecuniária fazendo com que o patrimônio do agressor suportasse a reparação (SANTOS, 2012).

A Lei Aquila, portanto, estabeleceu os fundamentos da responsabilização extracontratual mediante reparação do dano por meios financeiros. Lorena Moreira Santos (2012, p. 64) esclarece que:

[...] a *Lex Aquilia* de damno que estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma ideia de reparação pecuniária do dano, em razão do valor da res, apontando a noção de culpa como fundamental para a caracterização da responsabilidade. Nessa fase, sem a caracterização da culpa não havia que se falar em responsabilidade. A citada lei deu início ao *damnum iniuria datum*, a diminuição do patrimônio do causador do dano deve ser significativa, porém, sem servir de enriquecimento à vítima: é apenas uma compensação razoável pelo dano sofrido.

A Lei Aquila instituiu a culpa como elemento fundador da responsabilidade. Logo, a conduta culposa certamente resulta em algum dano e, se não houver comprovação do dano, o agente fica isento da responsabilização. Portanto, a Lei Aquila considera o ato ilícito como uma figura autônoma dando origem à responsabilidade extracontratual (VENOSA, 2015).

A partir de então, o Estado passou a intervir nas relações privadas e começou a fixar valores para indenização visando promover a reparação do dano, sem que isso importasse no enriquecimento do ofendido e impedindo assim, desejo de vingança. O Estado tornou-se o interventor de conflitos privados aplicando a lei em casos com danos por omissão e quando a ação do agente ofensor resultasse em algum efeito físico ou material. Desta forma,

[...] todas as lesões jurídicas contradizem o fim primordial do Estado, qual seja: a criação e manutenção de condições que permitam a vida em sociedade. O Estado tem, portanto, legitimidade para criar institutos que impeçam a ocorrência dessas lesões jurídicas. Estes institutos devem ser coativos - sem que se excluam, entretanto, as instituições éticas, como a educação e a religião - e, principalmente, de coerção física, devendo atuar de duas formas: com anterioridade, impedindo uma lesão jurídica ainda não consumada, e com posterioridade, obrigando o indivíduo a reparar a lesão causada (TELLES, 2008, p. 17).

Cabia ao Estado determinar o valor para a reparação afastando do ofendido o desejo de vingança. No Brasil, a responsabilidade civil sofreu inúmeras transformações sendo observado já à época do descobrimento com a adoção das Ordenações do Reino de Portugal, regulamento vigente para tratar as relações privadas até o período de 1916.

Com a promulgação da primeira constituição do país, a responsabilidade civil foi concretizada no ordenamento jurídico brasileiro. Em 1916 quando foi instituído o primeiro Código Civil houve a inclusão da teoria subjetiva da responsabilidade civil passando a exigir a comprovação da culpa do agente para só então proceder com a sua responsabilização. Além disso, ficou estabelecido que a culpa poderia ser presumida tornando-a prova do ilícito. A este respeito Fernando Penafiel (2013, p. 2) ressalta:

O Código Civil manteve a teoria subjetiva da responsabilidade civil, exigindo a demonstração da culpa do agente, definindo que todo aquele que, mediante ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito (art. 186). Uma das principais inovações do Código Civil no âmbito da responsabilidade civil encontra-se na locução do art. 187, que ampliou a noção de ato ilícito, estabelecendo a ilicitude do exercício de um direito quando violar seu fim econômico, social ou os limites da boa-fé e bons costumes. Houve, portanto, o condicionamento do exercício de um direito a certos limites que vedam seu uso de forma abusiva.

Em 2002 a instituição do novo Código Civil a partir da promulgação da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, tornou obrigatória a reparação do dano causado

mediante ilícito independentemente da comprovação da culpa. Assim, para sistema jurídico brasileiro, a responsabilização civil tem como principal função, segundo Henri Dhouglas Ramalho (2017, p.1)

[...] restaurar o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima, ou seja, é devolver o *statu quo ante* à vítima, com a aplicação do princípio *restitutio in integrum*, buscando uma indenização, denominada reparação, para o caso de dano material e compensação para o caso de dano moral. No entanto, não se pode negar a existência da função punitiva ao agente causador do dano, pois ao responsabilizar alguém ao pagamento de uma indenização não se estaria somente devolvendo o *statu quo ante* a vítima, mas também estar-se-ia sancionando o agente causador do ato ilícito para desestimular novas práticas de condutas danosas. A função punitiva geralmente se relaciona a uma terceira finalidade, de caráter socioeducativa, apontando que a responsabilidade civil opera não apenas de forma a educar o autor do dano através de uma punição, mas também instrui a sociedade como um todo, alertando para a não admissibilidade de certo comportamento.

Assim, a responsabilidade civil representa a obrigação que recai sobre uma pessoa para reparar o prejuízo ou dano que este causou mediante conduta própria ou de outras pessoas (LOUREIRO, 2019).

Contornos legais da responsabilização civil no ordenamento jurídico brasileiro

Conforme previsão legal a responsabilidade civil trata-se de uma fração de direito das obrigações, sendo, portanto, uma obrigação de reparar o dano que sua ação ou omissão provocou. No entendimento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 54):

Conclui-se que a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).

Ou seja, a responsabilidade civil figura como uma consequência de uma determinada conduta que gerou danos morais ou patrimoniais para outra pessoa. Há o descumprimento de um preceito legal ou de um contrato gerando, assim, a obrigação de repará-lo em face da suposta conduta ilícita.

Para Maria Helena Diniz (2014, p. 33):

A responsabilidade civil surgiu como forma de restaurar o equilíbrio moral e patrimonial, suportado pelo indivíduo a quem o dano foi causado. Assim, o que gera a responsabilização civil é justamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violado pelo dano, ou seja, é o dever de obrigar toda pessoa, física ou jurídica, de reparar dano causado a outrem que viola um dever jurídico e esta deve garantir a dignidade das pessoas.

O Código Civil de 2002 traz no rol do seu texto o artigo 186, *in verbis*: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2015, p. 167), ou seja, o indivíduo que provocar, seja por ação ou omissão, negligência ou imprudência, dano da alguma pessoa está cometendo um ato ilícito.

Já no artigo 187 está previsto que: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2015, p.167). Assim, mesmo que no exercício do seu direito houver violação de limites econômicos, sociais ou pela boa-fé e costumes, estará praticando ato ilícito.

Os elementos pressupostos da responsabilidade civil são considerados, segundo a doutrina, a conduta humana que pode ser positiva ou negativa, o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012). Esses pressupostos são importantes e considerados requisitos para que se produza a responsabilização e se busque a indenização.

Destaca-se que, em relação ao elemento denominado conduta humana, esta “[...] pode ser causada por uma ação – conduta positiva -, ou omissão – conduta negativa -, seja ela voluntária, ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente” (TARTUCE, 2019, p. 171). Portanto, a conduta humana é fator essencial para acontecer a responsabilidade civil, de forma que, sem a ação positiva ou a omissão enquanto ação negativa, não se gera responsabilidade civil.

No que se refere ao dano material ou patrimonial representam prejuízos ou perdas sofridas pela vítima. Assim, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 87) relevam que é

[...] indispensável a existência de dano ou prejuízo para a configuração da responsabilidade civil. Mesmo em se tratando de responsabilidade contratual, o comportamento da parte inadimplente que deixa de

cumprir a obrigação convencionada carrega em si a presunção de dano. Sem a ocorrência deste elemento não haveria o que indenizar, e, consequentemente, responsabilidade.

O dano é o pressuposto mais importante para a ocorrência da responsabilidade civil. Isto porque sem a presunção deste dano não haveria prejuízo e consequentemente não implicaria na responsabilidade civil.

Já no que se refere ao nexo da causalidade, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 63) esclarece que:

Relação de causalidade – É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo “causar”, utilizado no art. 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar.

O nexo de causalidade trata da reação de causa e efeito. Está prevista no artigo 186 do CC/2002 e verifica se tal relação é originada na ação ou na omissão e o dano, criando a obrigação de indenizar.

Ainda no Código Civil de 2002, está prevista a obrigação de promover a reparação do dano causado. O artigo 927, portanto, estabelece que aquele que lesionar alguém deve, obrigatoriamente, reparar o prejuízo:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2015, p. 208).

Assim, quando ficar constatada a lesão moral ou patrimonial, proveniente de um dano provocado por uma ação ou omissão do agente, procede-se à responsabilização civil havendo a necessidade de reparar os danos causados. Essa reparação pode ser moral ou material.

Além disso, o artigo 927, supracitado, do CC/2002 elenca a não necessidade de comprovação da culpa para que se institua a responsabilização do agente que lesou a vítima, sempre que a atividade deste agente exercer risco para a outra pessoa. Isso corresponde à extensão da teoria do risco, datada do final do século XX, instituída

pelos juristas franceses visando encontrar um pilar para a responsabilidade objetiva, acreditando que “[...] todo o prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 136).

A teoria de risco abarcada pelo CC/2002 trata do risco que determinada atividade oferece para outra pessoa. Não retira, porém, a culpa como elemento caracterizador da responsabilidade civil bem como o risco caracteriza a teoria da responsabilidade civil objetiva.

Um dos elementos fundamentais para a responsabilização civil é a obrigatoriedade de reparação do dano causado. Neste contexto, Carlos Alberto Bittar (1990, p. 3) informa que:

A reparação representa meio indireto de desenvolver-se o equilíbrio as relações privadas, obrigando-se o responsável a agir, ou a dispor de seu patrimônio para a satisfação do direito dos prejudicados. Já a pena corresponde a submissão pessoal e física do agente, para a restauração da normalidade social violada com o delito, pois o “princípio que governa toda essa matéria é o do *neminem laedere* – um dos princípios gerais do direito – consoante o qual a ninguém se deve lesar, cujos efeitos em concreto se espraiam pelos dois citados planos, em função do interesse violado (de pessoa, ou de pessoas, de um lado; da sociedade ou da coletividade, de outro) e conforme a técnica própria dos ramos do direito que a regem, a saber: a) Direito civil (para as violações privadas) e b) o Direito penal (para a repressão pública).

Portanto, quando há o cometimento de um dano contra outra pessoa deve proceder à reparação deste. A reparação aqui, conforme a legislação prega, é uma obrigação para aquele que provocou o dano ou lesionou o direito do outro. Com isso, torna-se possível promover a pacificação social.

Dano estético e a responsabilidade civil por erro médico em procedimentos estéticos

Questão que vem sendo cada vez mais discutida nos últimos tempos é a responsabilização civil médica por erros médicos que venha a provocar algum dano estético. Interessante dizer o dano estético originado em um erro médico é, segundo Maria Helena Diniz (2014, p. 78):

[...] é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que

mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeição da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa.

O dano estético relaciona-se com o direito de imagem do paciente, que a partir de um procedimento que não foi bem-sucedido pode provocar vergonha (BURGIONI, 2016). Os casos de dano estético são caracterizados por ação realizada por um médico, que lhe provocou mudanças em sua aparência física, refletindo em diminuição de autoestima e ainda repercutindo em sua saúde e integridade física. Enseja a responsabilização civil com o dever de indenizar, pois o dano decorre do nexo de causalidade entre o procedimento e a sequela do mesmo gerando o dano. Logo, a lesão estética é indenizável por produzir no paciente alguma deformação em sua aparência (BRUGIONI, 2016).

O Código Civil de 1916 tratava o erro médico como ato ilícito. O Código Civil de 2002 define que erro derivado em conduta médica é um ato ilícito. Há que se destacar que qualquer atividade profissional que gere dano mediante negligência, imprudência ou imperícia enseja a aplicação de indenização pelo agente infrator. Nos casos de condutas médicas, que pelos mesmos motivos resultar em dano material ou moral, causando-lhe morte ou agravar mal, causar lesão ou inabilitá-lo para o trabalho, implica na responsabilização civil do médico (art. 951, CC/2002).

A este respeito Paulo Nader (2016, p. 491) esclarece que:

As atividades profissionais são suscetíveis de danos morais e materiais ao paciente ou cliente, atentando, respectivamente, contra os direitos da personalidade ou os patrimoniais. De um modo geral estes danos são contratuais, mas a responsabilidade pode incidir fora de um quadro negocial, como seria a hipótese de um médico, ao passar por um local de acidente, prestar socorro à vítima. Inexiste, também, vínculo contratual entre um hospital público e o paciente.

Assim, quando se estabelece uma relação entre médico e paciente essa relação pode em algum momento provocar um dano. Este dano por ser decorrente de atividade contratual quando há descordo com os direitos de personalidade e, pode ainda haver a responsabilidade em casos de dano extracontratuais. É o que explica Fernando Gomes Correia Lima (2012, p. 40):

Reconhece-se, quase unanimemente, a responsabilidade civil do médico como de natureza contratual. Em alguns casos poderá ser extracontratual, quando, por exemplo, do atendimento de um acidentado desfalecido, na rua. Será também extracontratual quando

cometer um ilícito penal ou descumprir normas regulamentares da profissão, tais como fornecer atestado falso, não impedir que pessoa não habilitada exerça a profissão ou lançar mão de tratamento cientificamente condenado ou de atitudes charlatanescas, vindo a causar dano ao paciente.

Logo, a responsabilidade civil médica é decorrente de sua atividade profissional quando se infringe o dever obrigatório legal, maneira ou contrato, podendo causar dano injusto, patrimonial ou extrapatrimonial (SOARES; SOARES, 2014).

Decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no ano de 2018 assegura a responsabilização civil do médico em função das consequências resultantes do procedimento para o paciente:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS ESTÉTICOS E MORAIS. 1. As cicatrizes existentes no abdômen, bem como a fragilidade da parede abdominal e a existência de hérnia, permitem a caracterização e a identificação de danos estético. 2. O valor fixado de R\$8.100,00 para o dano moral se revela moderado e adequado a extensão do dano. 3. Possibilidade, ainda, de caracterização de dano moral. A agressão a integridade física, as graves consequências do ato praticado pelo réu, colocando em risco a vida do autor, permitem identificar como caracterizado dano moral. 4. O valor de R\$20.000,00 é adequado a punir e inibir novas condutas da parte ré. Os caracteres compensatórios e inibitórios se encontram atendidos (TJ-RS, 2018, s.p.).

O Superior Tribunal Justiça reconhece a reparação de um dano estético conforme previsão da Súmula n. 387: "É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral" (STJ, 2013, p. 333).

Outra decisão demonstra que o resultado adequado e satisfatório é obrigatório nos casos de cirurgia estética tendo em vista que o médico se compromete a alcançar um determinado resultado e não causar danos ao paciente:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. ARTIGOS ANALISADOS: 6º, VIII, E 14, CAPUT E § 4º, DO CDC. [...] 3. A cirurgia estética é uma obrigação de resultado, pois o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta. 4. Nessas hipóteses, há a presunção de culpa, com inversão do ônus da prova. 5. O

uso da técnica adequada na cirurgia estética não é suficiente para isentar o médico da culpa pelo não cumprimento de sua obrigação. [...] (REsp 1395254/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRATURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 29/11/2013) (STJ, 2013, s.p.).

A responsabilidade civil se propõe a compensar a vítima pelas lesões causadas pelo médico. Destaca-se que dentro dos deveres médicos está a necessidade de reduzir ou amenizar a probabilidade de erro médico. Sempre que houver confirmação de erro médico, portanto, o agente que o causou poderá ser obrigado a pagar indenização que pode ser a título de dano moral quando sua ação resultar em morte ou dano extrapatrimonial por afrontar a integridade física ou psíquica do paciente. Essa obrigação de realizar pagamento de indenização também decorre da lesão que atinge a honra do paciente, pois a este é garantido o dever de sigilo a sua imagem (GONÇALVES, 2015).

Porém existe a possibilidade de excludente de responsabilidade civil do médico. Tais causas estão previstas no artigo 393 do Código Civil:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir (BRASIL, 2015).

Desta forma, a presença de elementos como caso fortuito ou força maior, os prejuízos provocados após um procedimento ou cirurgia estética não configuram responsabilidade civil do médico e, então, o mesmo não terá a obrigação de reparar o dano sofrido pelo paciente. Assim, é necessário a comprovação da responsabilidade do médico para que o mesmo seja obrigado a reparar o dano

Considerações finais

Tem sido recorrente em toda a sociedade, nos últimos tempos, a busca desenfreada por procedimentos estéticos de toda ordem visando obter melhorias ou modificar no que não agrada em si mesmo. Essa busca exagerada se mostra como o reflexo, principalmente, da pressão midiática por um corpo perfeito.

E diante disso tem se percebido um movimento importante no surgimento de clínicas e diversos procedimentos voltados a promover cuidados com o corpo. Promover tais cuidados tem sido uma atividade recorrente e não mais supérflua. Tal fator passou a

ser também uma questão da saúde, que tem gerado muita renda e emprego, tratando da autoestima pessoal, contudo, nem todas as pessoas que buscam tais procedimentos estão preocupadas com a saúde, mas sim com a sua estética, com a aparência perfeita.

Assim, aquele indivíduo que não se sente parte desse padrão estético estabelecido em função de diversos fatores, entres eles o social acaba se sentindo vulnerável ou até mesmo de certa forma excluído, levando ao desenvolvimento de uma baixa autoestima e, principalmente, favorecendo a busca por reparar o que não está dentro do padrão estabelecido.

E tudo isso tem feito com que a cada ano cresça o número de espaços especializados em estética bem como de médicos dedicados a realização de procedimentos. Essa é uma indústria que movimenta muito dinheiro, pois mexe com a autoestima das pessoas que se sentem impelidas a corresponder o padrão de beleza imposto pela sociedade.

Contudo, tem sido possível observar que também está em alta o número de pessoas insatisfeitas com os resultados provenientes dos procedimentos bem como de pessoas que ficaram com alguma sequela e diante disso requerem a reparação do dano sofrido.

As pessoas que sofrem algum dano originado em procedimentos ou cirurgias estéticas podem pleitear a reparação do dano sofrido buscando conforme estabelece a legislação brasileira no que refere à responsabilização civil. Desta forma, viu-se neste estudo, que o dano estético provocado por ação ou omissão do médico em um procedimento estético requer a reparação deste dano.

A atividade profissional do médico que provocar danos a partir de omissão, negligência, imprudência, imperícia ou ação enseja a instituição de indenização pelo agente infrator no intuito de reparar o dano causado. Os danos estéticos, portanto, são caracterizados mediante ação realizada que resultou em mudanças na aparência física da pessoa sendo que isso resulta na redução da autoestima do indivíduo e repercute na sua saúde e na sua integridade física.

Nestes casos a responsabilização civil do médico gera o dever de indenizar decorrente do nexo de causalidade entre o procedimento realizado e a sequela gerada no paciente, que é a deformação na aparência do mesmo.

Conclui-se, portanto, que a responsabilização civil médica decorre da atividade profissional a partir do momento em que se infringe o dever de produzir o resultado desejado pelo paciente, conforme estabelecido no acordo entre paciente e médico. Assim, é importante que os médicos tenham consciência que o dano estético gera sofrimento, humilhação, vergonha, tristeza, prejuízos à vítima que devem ser reparados moral ou materialmente.

Referências

- ADAMS, G. R. Physical attractiveness, personality, and social reactions to peer pressure. *The Journal of psychology*, v. 96, n. 2, p. 287-296, 1977.
- AMORIM, P. H. *A responsabilidade Civil do Estado decorrente de danos ocasionados por fenômenos da natureza*. 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/5415-5407-1-PB.htm>>. Acesso em: 18 set. 2017.
- BACCOLI, B. C. *Atendimento estético como estratégia da bioética da intervenção na autoestima de pacientes portadores de câncer*. 2018. 53 f. Dissertação (Mestrado em Bioética). – Universidade do Vale do Sapucaí, Univá, Pouso Alegre, 2018.
- BITTAR, C. A. *Responsabilidade Civil: teoria & prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- BORBA, T. J.; THIVES, F. M. *Uma reflexão sobre a influência da estética na autoestima, automotivação e bem-estar do ser humano*. 2011. 21 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Estética e Cosmética) – Universidade Privada, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, 2011. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Tamila%20Josiane%20Borba.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2021.
- BRASIL. Código Civil. In: *Vade mecum*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: República Federativa do Brasil, 1988.
- BRUGIONI, F. M. R. Dano estético tem natureza jurídica autônoma. *Consultor Jurídico*, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-08/franco-brugioni-dano-estetico-natureza-juridica-autonoma>>. Acesso em: 10 jun. 2020.
- CAVALIERI, S. F. *Direito Civil: Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DINIZ, M H.; *Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014
- DUARTE, J. F. *O sentido dos sentidos: a educação (do) sensível*. Curitiba: Criar Edições, 2001.
- FERRAZ, S. B.; SERRALTA, F. B. O impacto da cirurgia plástica na autoestima. *Revista Estudos e Pesquisas em Psicologia*, v. 7, n. 3, 2007.
- GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, C. R. *Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva 2012.
- LIMA, F. G. C. *Erro médico e responsabilidade civil*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012

- LOUREIRO, L. G. *Registros públicos: Teoria e prática*. Salvador. Jus Podium, 2019.
- NADER, P. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- OLIVEIRA, S. G. de. *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*. 6. ed. São Paulo: LTR, 2011.
- PARRA, L. de M. Responsabilidade civil e dano estético. *DireitoNet*, 2018. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10786/Responsabilidade-civil-e-dano-estetico>>. Acesso em: 05 mai. 2021.
- PAULA, A. R. *A responsabilidade civil do médico por dano estético nas cirurgias plásticas*. 2019. 59 f. Monografia (Graduação em Direito) - UniEvangélica, 2019. Disponível em: <<http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/1253/1/Monografia%20-%20Alexandre%20Rodrigues%20de%20Paula.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2021.
- PENAFIEL, F. Evolução histórica e pressupostos da responsabilidade civil. *Âmbito Jurídico*, 1. abr. 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/evolucao-historica-e-pressupostos-da-responsabilidade-civil/>>. Acesso em 28 nov. 2018.
- RAMALHO, H. D. A responsabilidade civil em decorrência da perda de uma chance. *Conteúdo Jurídico*, 15 jul 2021. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50704/a-responsabilidade-civil-em-decorrencia-da-perda-de-uma-chance>>. Acesso em: 15 jul 2021.
- RUARO, P. *A responsabilidade civil do médico por dano estético*. 2014. 62 f. Monografia (Graduação em Direito). UNIVATES, Lajeado, 2014. Disponível em: <<https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/669/1/2014PatriciaRuaro.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2021.
- SANTE, A. B; PASIAN, S. R. Imagem Corporal e Características de Personalidade de Mulheres Solicitantes de Cirurgia Plástica Estética. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, v. 24, n. 3, 2011.
- SANTOS, A. R. M. dos et al., A busca pela beleza corporal na feminilidade e masculinidade. *R. bras. Ci. e Mov.*, v. 21, n. 2, p. 135-142, 2013.
- SANTOS, L. M. A evolução histórica da responsabilidade civil do estado no direito brasileiro. *FAS@JUS - e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho*, v. 2, n. 1, 2012
- SOARES, S. C. A.; SOARES, M. M. Responsabilidade civil e judicial da atuação do médico do trabalho. *Âmbito Jurídico*, 1 abr. 2014. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-123/responsabilidade-etica-e-judicial-da-atuacao-do-medico-do-trabalho/>>. Acesso em: 05 jun. 2021.

- SUENAGA, C. *et al.* *Conceito, beleza e contemporaneidade: fragmentos históricos no decorrer da evolução estética*, 2012. 18 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Estética Facial e Corporal) – Universidade do Vale do Itajaí, Unidade Ilha, Florianópolis, 2012. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Camila%20Suenaga,%20Daiane%20Lisboa.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2021.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Direito processual civil e consumidor. Recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Cirurgia estética. Obrigação de resultado. Inversão do ônus da prova. Regra de instrução. *Jusbrasil*, 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24712655/recurso-especial-resp-1395254-sc-2013-0132242-9-stj>>. Acesso em: 05 jul. 2021.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Súmula n. 387*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2021.
- TARTUCE, F. *Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- TELLES, T da N. Afinal, por que se pune? *Prática Jurídica*, ano VII, n. 71, 2008.
- TOMAZ, R. C. *et al.* Corpo Padrão: Um Estudo sobre as Concepções do Corpo Feminino Exposto pela Mídia. *Revista Latino-Americana de Psicologia Corporal*, v.1, n. 9, p. 120-145, 2020.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. *Responsabilidade do profissional liberal no caso de cirurgia estética*, 2020. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/cdc-na-visao-do-tjdft-1/responsabilidade-civil-no-cdc/responsabilidade-do-profissional-liberal-no-caso-da-cirurgia-estetica>>. Acesso em: 25 jun. 2021.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Responsabilidade civil. Danos estéticos e morais. *Jusbrasil*, 2018. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/600690162/apelacao-civel-ac-70076459254-rs/inteiro-teor-600690172>>. Acesso em: 15 jun. 2021.
- VENOSA, S. de S. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Atlhas, 2015.

Abandono afetivo pelos pais e o direito de indenização

Affective abandonment by parents and the right to indemnity

Aluer Baptista Freire Júnior*

Lorraine Andrade Batista**

Resumo: O artigo objetiva externar a indenização por danos morais causados pelo abandono afetivo como um dever dos pais e um direito dos filhos regados e pautados na boa-fé sendo possível e plenamente eficaz. Para tanto, junto à análise jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, que tem reconhecido a reparação civil, revelará exequível o ressarcimento com fundamentos legais ao lado de princípios básicos, como o da parentalidade responsável, dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança e do adolescente.

Palavras-chave: Abandono Afetivo; Reparação Civil; Danos Morais; Parentalidade responsável.

Abstract: The article aims to express the compensation for moral damages caused by emotional abandonment as a duty of parents and a right of children watered and guided in good faith, being possible and fully effective. To this end, together with the jurisprudential analysis of the Superior Court of Justice, which has recognized civil reparation, it will reveal that compensation is feasible with legal grounds alongside basic principles, such as responsible parenthood, human dignity and the best interest of the child and of the teenager.

Keywords: Affective Abandonment; Civil Repair; Moral damages; Responsible parenting.

Recebido em: 7/10/2022
Aprovado em: 28/11/2022

* Possui pós-doutorado em Direito Privado PUC-MG. É doutor e mestre em Direito Privado PUC-Minas. MBA em Direito de Empresa. Especialista em Direito Público, Penal e Processo Penal, Direito Privado e Processo Civil. Coordenador Curso de Direito da Fadileste. Professor de Graduação e Pós-graduação. Editor Chefe da Revista Remas - Faculdade do Futuro. Avaliador da Revista da Faculdade de Direito da UERJ; CONPEDI, UNIJUI. Advogado. E-mail: aluerjunior@hotmail.com.

** Graduada em Direito pela Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste). Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho, Direito de Família e Sucessões pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus-Complexo Damásio de Jesus. E-mail: lorraineandradebdireito@hotmail.com.

Introdução

Quando se fala em família é comum pensar-se nas questões biológicas e só depois na afetividade justamente pela ideia restrita de família imposta na sociedade desde a antiguidade, onde prevalecia as questões matrimoniais sendo o sacramento matrimonial a forma ideal de uma unidade familiar.

Passado o tempo a ideia de família fora ressignificada pelas aclamações sociais e as reais ligações de afeto entre os indivíduos que não partiam de um tronco ancestral comum. Felizmente, o atual conceito de família permite abordar diversos temas familiares de maneira ampla e com maior proximidade do que se entende como justo.

Dentre esses temas com certeza está o abandono afetivo dos pais independente se biológicos quando na verdade e legalmente falando possuem deveres de cuidados estabelecidos em mais de uma Lei, como a Carta Maior. Especificamente, têm-se decidido sobre o direito dos filhos e o dever dos pais quanto à indenização por intermédio do dano moral frente as diversas e distintas consequências do abandono que tendem a dificultar o desenvolvimento físico, psíquico e moral dos filhos.

De jeito a explicar o dever de indenização como responsabilidade civil, em primeiro momento o presente artigo aponta breves aspectos da família e do poder familiar marcado historicamente por uma ideia contrária da atual, quer seja, ideia contrária de proteção e cuidados.

No segundo subtítulo encontra-se descrito a importância afetiva dos pais na vida da criança, jovem e adolescente, consubstanciado no suporte afetivo, emocional, psicológico, educacional e demais fatores fundamentais para a formação geral de seus filhos. Conta-se ainda com os efeitos do abandono afetivo.

O próximo subtítulo contemplar-se-á o Projeto de Lei 3.212 de 2015 de autoria do Senador Marcelo Crivella, originado do Projeto de Lei 700 de 2007, cujo objetivo é caracterizar o abandono afetivo como conduta ilícita capaz de gerar indenização modificando para isso alguns dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Posteriormente, o reconhecimento do dano moral pelo Superior Tribunal de Justiça como meio de reparação civil ocasionada pelo abandono afetivo.

Por fim, no quinto subtítulo falar-se-á sobre o abandono afetivo pelos pais e o dever de indenizar após o conhecimento das tratativas dos subtítulos que o antecedem elencando os pressupostos para o eventual ressarcimento do dano baseado nos elementos da responsabilização civil.

Para isso, a metodologia de pesquisa será bibliográfica, acompanhado de análise legal e jurisprudencial, bem como, pelo método de abordagem indutivo e procedimento analítico-descritivo.

Breves apontamentos da família e do poder familiar

A afetividade nem sempre fora ligada ao conceito de família já que em tempos remotos a definição de família era bem restrita, considerando como tal o vínculo consanguíneo de um tronco ancestral em comum ou matrimonial, excluindo, portanto, a afetividade, principalmente como forma de descendentes.

Nesses tempos o sacramento matrimonial era a forma ideal de constituir uma unidade familiar o que acaba por explicar um dos motivos da sua indissolubilidade, logo, não se importavam muito as questões afetivas e sim a finalidade do casamento como uma entidade de união, bens, honra e procriação.

Não é por nada que houve tempos de casamentos forçados, sem nenhum vínculo de amor, mas tão somente de obrigações como honrar nomes, prestígios sociais e a virilidade, em resumo, casamentos de meras aparências. Em consequência, a falta de afeto era comum entre os membros familiares uma vez que não era uma prioridade do poder de família, muito menos, do instituto denominado casamento.

Percebe-se que o casamento era a única forma de formação da família, desconsiderando qualquer outra forma de vínculo, mesmo que envolto pela afetividade, mesmo tendo o real significado do matrimônio para além de sua visão institucional. Contudo, a entidade família pode-se dizer como a unidade social mais antiga da vida humana e fora desenvolvendo-se como forma de organização não somente familiar, mas também, como forma de organização social.

Todavia, atualmente a família é diversificada priorizando o respeito mútuo, o afeto, o amor, a felicidade e demais sentimentos que realmente importam. Destarte, o seu conceito é ampliativo o qual permite outras entidades familiares, sendo a matrimonial apenas mais uma dentre tantas. Entre uma delas, pode-se citar o reconhecimento da filiação socioafetiva.

Desta maneira, surge o planejamento familiar e suas novas espécies com base nos anseios sociais por diversos motivos de integração da família, inclusive pelo afeto. Isto posto, o laço consanguíneo desprende-se gerando lugar ao laço afetivo não havendo diferenças quantos as relações de família, da família e entre as famílias. Logo, a família é naturalmente formada por indivíduos independentemente se por laço de sangue ou por laço afetivo.

Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade (LÔBO, 2009, p. 2).

A mais, hoje, em exemplo, “a consanguinidade tem, de fato e de direito, um papel absolutamente secundário na configuração da paternidade [...]” (VILLELA, 2002, p. 95). Não é a derivação bioquímica que aponta a figura do pai, senão o amor, o desvelo, o serviço com que alguém se entrega ao bem da criança (VILLELA, 2002, p. 95). Do mesmo modo, não aponta a figura da mãe.

Assim como todos os direitos e princípios são voltados pelo desenvolvimento social, a Carta Maior os destaca quando se fala em família e seus deveres, dentre estes, os vários deveres de cuidados para com as crianças, jovens e adolescentes.

Por esta senda, a Constituição e o surgimento do Direito de Família, foram e são fundamentais para as relações familiares, seja para um sujeito para consigo mesmo, seja para as relações interpessoais e sociais.

Todavia, os citados deveres de cuidados amplamente defendidos não eram algo praticado em outros tempos, quando o poder familiar era visto mais como um abuso sobre os filhos do que o próprio interesse de proteção, por isso a importância da explicativa quanto à família e como era restrita ao casamento e aos interesses apenas dos seus antigos conceitos, pois possui relação com o poder de família à época.

Em consciência, os romanos exerciam seu poder de família, mais conhecido por *pater familias*, de modo radical justamente pelos direitos concedidos ao *pater* para com os seus filhos como o direito de matar, o que só mais tarde limitou-se aos atos de correção.

Nessa linha, são os conhecimentos de Rolf Madaleno *apud* Pontes de Miranda (2017, p. 1025):

Conforme Pontes de Miranda, os romanos davam ao pater famílias o direito, inclusive, de matar o filho (*jus vitae et necis*), estendendo-se esse direito no período da República, embora com alguma moderação, mas apenas no século II, sob a influência de Justiniano, os poderes do chefe de família teriam sido limitados ao direito de correção dos atos da prole.

A expressão “poder familiar” adotada pelo Código Civil corresponde ao antigo pátrio poder, termo que remonta ao direito romano: *pater potestas* – direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos (DIAS, 2016, p. 780).

O Código Civil de 1916 assegurava o pátrio poder exclusivamente ao marido como cabeça do casal, chefe da sociedade conjugal. Na sua falta ou impedimento é que a chefia da sociedade conjugal passava à mulher, que assumia o exercício [...] (DIAS, 2016, p. 781).

Além da severidade quanto ao direito de matar o filho, permitia-se a sua venda com prazo de duração limitado a cinco anos apenas para a finalidade econômica da família, reforçando novamente a prioridade do casamento para tudo menos para com os filhos.

Segundo Rolf Madaleno *apud* José Virgílio Castelo Branco Rocha essa razão tinha por base o sacrifício de um membro para o benefício do grupo:

O *pater familias* também tinha o poder de venda dos filhos, com duração até cinco anos, para depois recuperar a potestade, como uma espécie de momentânea suspensão do pátrio poder, cuja finalidade era a de poder suprir eventuais dificuldades financeiras da família, cometendo sacrificar um dos integrantes dessa família em benefício do grupo (MADALENO *apud* ROCHA, 2017, p. 1025).

Em continuidade, ainda ligado aos anseios do grupo, outro motivo o qual podia-se fundar a venda do filho era “[...] a *noxae deditio*, sendo o filho entregue à vítima de um dano por ele causado, como forma de compensar o prejuízo sofrido mediante a prestação de serviços pelo filho dado em compensação” (MADALENO, 2017, p. 1025).

Como se não fosse o suficiente, era existente a crueldade de literalmente abandonar a criança recém-nascida só pelo fato de não corresponder aos padrões mentais, causando a época o que conhecesse como seleção eugênica. Nas palavras de Madaleno (2018, p. 1025), “[...] dentre as prerrogativas concedidas ao chefe da família, acrescia-se a faculdade de abandonar o filho recém-nascido (*ius exponendi*), cumprindo-lhe o direito de seleção eugênica quando nascesse uma criança débil”.

Para colocar fim a esses atos bárbaros o cristianismo ocupou um espaço fundamental que mudou a visão do poder familiar sobre os filhos onde mais tarde passaria ao entendimento de proteção e não de mando, apesar de ainda encontrar-se castigos físicos e ofensas. Isto pois:

No Brasil colonial, sob as Ordenações e Leis do Reino de Portugal o pai tinha um domínio quase absoluto sobre os filhos, com poder de correção que se manifestava em reprimendas e castigos corporais moderados e que não resultassem em ofensas físicas sérias [...] (MADALENO, 2017, p. 1025-1026).

Fato é que “o advento do cristianismo como religião oficial do Estado Romano, tornam-se inconciliáveis as antigas leis despóticas de poder de mando sobre a vida e a pessoa do filho, sendo proibida a venda, a morte ou entrega do filho a um credor” (MADALENO, 2017, p. 1025).

Portanto, deixam os pais de exercerem um verdadeiro poder sobre os filhos para assumirem um dever natural e legal de proteção da sua prole, acompanhando seus filhos durante o natural processo de amadurecimento e formação de sua personalidade [...] (MADALENO, 2017, p. 1026).

Hoje, tal fator é reforçado, como dito, pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e pelo Direito de Família, a mais, por normas mais específicas como é o ECA, Estatuto da Criança e do Adolescente, pelos quais se notam a presença legal de proteção e também de afeto.

Falando-se em afeto, uma vez que o Direito trabalha por meio de um viés protetivo e é baseado em um conjunto de normas, bem como princípios, garantidores do bem comum através do adequado funcionamento em sociedade conforme a verdade real consubstanciada em fatos mediante o comportamento e vivência de seus partícipes, não há motivos do não reconhecimento dos vínculos de afetividade.

A ressaltar, em contrapartida, é existente o chamado vínculo por afinidade, inclusive, posto em Lei como é a questão do “uma vez sogra sempre sogra”, resignado no Código Civil, não se encerrando nem mesmo com a figura do divórcio.

Enfatizando, é o artigo 1.595 e seus parágrafos:

Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§ 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável (BRASIL, 2002).

Nota-se, portanto, uma via parental imposta por Lei os reconhecendo como parentes legais. No entanto, se tamanho desafortunado possui atendimento pelo ordenamento jurídico em seu poder de legislar, diferente não poderia ser sobre as relações de real afeto e querer, essa sim merecendo ser imposta para a garantia de direitos ofertando segurança jurídica aos membros da sociedade.

Abandono afetivo e seus efeitos

A importância dos pais de maneira afetiva na vida dos filhos é inquestionável já que são deles os primeiros cuidados necessários para o pleno desenvolvimento da criança sendo o seio familiar o seu primeiro contato, o seu primeiro suporte afetivo, emocional,

psicológico, educacional, dentre outros fatores fundamentais para a formação geral de seus filhos.

Nas crianças, os impulsos instintivos, emocionais e mentais, assim como os movimentos musculares e os comportamentos a que tudo isso as impele, ainda são completamente inseparáveis. Elas agem como sentem (ELIAS, 1994, p. 89). Portanto, dependem de seus responsáveis para ajudar na formação como indivíduos sociáveis e bem resolvidos.

Em linha de negligência as figuras tanto maternas quanto paternas influenciam na formação, inclusive, da personalidade e com certeza negligenciar o filho é negligenciar o seu desenvolvimento infantil ainda mais se baseada na falta de cuidados emocionais e afetivos o que podem determinar a vida adulta.

Já ao nascer e principalmente nessa fase o bebê encontra-se em total dependência e controle dos pais onde os mesmos são responsáveis pelo bom desenvolvimento da criança desde a alimentação até os cuidados mais pessoais e seus princípios, o que mais tardar fará parte da mesma, influenciando em seu convívio social. É assim que efetivamente cresce o indivíduo, partindo de uma rede de pessoas que existiam antes dele para uma rede que ele ajuda a formar (ELIAS, 1994, p. 28).

Nessa formação é salutar o entendimento de formar caráter, ideias, princípios, valores e afeto. Para isso, os pais e ou responsáveis há de se aterem não somente com os cuidados mais genéricos, mas também, na maneira do falar, escutar, interpretar, conversar, mesmo que não seja diretamente com a criança, porém uns com os outros.

É dessa interação humana, seja no ambiente familiar ou fora dele, que acontece a formação do ser humano individual.

Pelos ensinamentos de Norbert Elias (1994, p. 28-29):

Assim como, numa conversa contínua, as perguntas de um evocam as respostas do outro e vice-versa, e assim como determinada parte da conversa não provém apenas de um ou do outro, mas da relação entre os dois, a partir da qual deve ser entendida, também cada gesto e cada ato do bebê não são produtos de seu "interior" nem de seu "ambiente" nem tampouco de uma interação entre um, "dentro" e um "fora" originalmente distintos, mas constituem uma função e um precipitado de relações, só podendo ser entendidos - como a imagem do fio numa trama - a partir da totalidade da rede. Similarmente, a fala do outro desenvolve na criança em crescimento algo que lhe é inteiramente próprio, uma linguagem que é inteiramente sua e que, ao mesmo tempo, é um produto de suas relações com os outros, uma expressão da rede humana em que ela vive. *Do mesmo modo, as ideias, convicções, afetos, necessidades e traços de caráter produzem-se no indivíduo mediante a interação com os outros, como coisas que compõem seu "eu"*

mais pessoal e nas quais se expressa, justamente por essa razão, a rede de relações de que ele emergiu e na qual penetra. E dessa maneira esse eu, essa "essência" pessoal, forma-se num entrelaçamento contínuo de necessidades, num desejo e realização constantes, numa alternância de dar e receber. É a ordem desse entrelaçamento incessante e sem começo que determina a natureza e a forma do ser humano individual (grifo nosso).

Logo, têm-se que os pais possuem o poder maior sobre a qualidade de vida da criança incluindo a qualidade das relações exteriores, quer seja, fora do âmbito familiar. Portanto, conseqüentemente, como família, são ainda a base formadora da sociedade, daí tamanha importância de uma boa estrutura familiar, em especial na criação de descendentes e na responsabilidade afetiva para com eles, já que a falta de afeto respinga nas demais áreas de formação não só como pessoas, mas também como cidadãos.

A falta de afetividade pode levar à sérios problemas, incluindo psicológicos, gerando sentimentos desafiadores ocasionando até mesmo doenças como a depressão uma vez que pode causar graves abalos emocionais e psíquicos onde a pessoa se sujeita à pensamentos de rejeição, culpa, desprezo, abandono e de fato é um tipo de abandono.

A sensação de vazio existencial é uma realidade promovida pelo abandono afetivo devido à ausência no convívio familiar onde cada um exerce seu papel ocupando o seu espaço e a falta de um não se substituem pela presença do outro, muito menos faz desaparecer tamanhos sentimentos ora citados.

Apesar da maioria dos casos de abandono afetivo serem praticados quando da ocorrência de pais solteiros e do divórcio, onde fica a ideia de dever e amparo apenas material ou nem isso, também é muito comum ocorrer no mesmo lar ao deixarem de atender as necessidades básicas dos filhos, não oferecendo tempo de qualidade, atenção e toda a gama que compreende o afeto.

Vide dicionário Aurélio, o abandono significa justamente esses descuidos e desamparos, "abandono sm. 1. Ato ou efeito de abandonar(-se). 2. Estado ou condição de quem ou do que está abandonado, largado, desamparado e descuidado [...]" (FERREIRA, 2001, p. 3).

O que definitivamente não poderia ocorrer na relação parental a qual deveria servir de segurança, de lar e ser provedora de afeto já que por uma questão lógica e legal é uma obrigação de fazer, um dever familiar independentemente da sua classificação. Falando em dever legal, juridicamente falando sobre esse desamparo, compreende-se como:

Abandono – S.m. Cessação voluntária de uma relação jurídica, ao direito respectivo, quer pela renúncia, quer pela abstenção de seu exercício; abandono da posse e da propriedade, da herança, de coisa imóvel; renúncia à continuação no exercício de uma pretensão (abandono da acusação, abandono da causa); *ato de deixar, com intenção definitiva, local, comunidade ou pessoa* (abandono da sede, da associação, abandono do lar); *ato de deixar ao desamparo, ou de não prestar assistência moral e/ou material a quem tem o dever legal de fazê-lo* (abandono do menor, do incapaz, da família) (CC, arts. 589, III, e 592) (SANTOS, 2001, p. 18, grifo nosso).

Tal dever previsto legalmente leva ao presente significado do termo poder familiar, quer seja, o dever de proteção, cuidado, assistência ampliada e especialmente moral e afetiva. Então, “o poder familiar deve ser exercido não somente para atender às necessidades materiais do menor, mas deve também suprir suas carências psicológicas e intelectuais” (PAIVA, 2021, p. 27).

Em relação à citada assistência, presença e ou apoio moral dos pais, é sabido que “[...] não traz nenhuma garantia que seus filhos não produzirão nenhum desvio psicológico, mas provavelmente ele desenvolverá esse distúrbio caso venha a ser abandonado afetivamente” (PAIVA, 2021, p. 28).

As consequências psicológicas causadas pelo abandono afetivo irão acompanhar o indivíduo para o resto da vida, trazendo consigo a sensação do vazio que ocupa o lugar de sentimentos que deveriam ter sido despertados e mantidos no seio familiar (PAIVA, 2021, p. 30).

Por isso que ao menor abalo à sua integridade física, psicológica ou financeira, a ameaça precisa ser pronta e prioritariamente neutralizada, e essa proteção depende da atividade dos adultos e de seus responsáveis diretos, pais, tutores e representantes [...] (MADALENO, 2017, p. 117).

Daniel Schor (2017, p. 217-218), através de um estudo psicanalítico sobre as dimensões da experiência traumática baseada nas heranças invisíveis do abandono afetivo concluiu que:

A falta de uma presença afetiva, regular, atenta, determinada essencialmente pelo amor e pela identificação dos pais com as necessidades infantis impedem o sujeito de fazer o luto daquilo que nunca foi renunciar ao que nunca teve, aniquilando ou comprometendo gravemente seu sentimento de existir, único capaz de lançá-lo a uma jornada existencial baseada na confiança íntima e profundamente guardada na possibilidade de um devir.

Nesse caso, a possibilidade de que o sujeito inicie uma trajetória pessoal depende de que seja auxiliado a experimentar o que permaneceu em si em estado apenas potencial, mas nunca acontecido (SCHOR, 2017, p. 218)

O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família (DIAS, 2016, p. 84). A enorme evolução das ciências psicossociais escancarou a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação (DIAS, 2016, p. 164). Nesse diapasão, fica cristalino os efeitos do abandono afetivo, até mesmo à longo prazo, danos que podem ser irreversíveis que levam à variados patamares e consequências.

Projeto de Lei 3.212/15

O abandono afetivo não encontra respaldo jurídico explícito proibindo a sua prática, seja por omissão ou por comissão, embora em análise interpretativa possuem importantes dispositivos o instituindo de maneira implícita quando visa a proteção da criança, do adolescente e do jovem. Justamente por essa falta de previsão legal que no ano de dois mil e quinze fora instaurado um Projeto de Lei elevando a importância do tema abandono afetivo baseado nos deveres dos pais.

Pelo Projeto de Lei 3.212/15 de autoria do Senador Marcelo Crivella, originado do Projeto de Lei 700/07, o abandono afetivo passaria a caracterizar uma conduta ilícita sendo capaz de gerar indenização já que se leia como um ilícito civil. No momento o PL aguarda designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Em 2019, a relatora Caroline de Toni da comissão da CCJC ofertou parecer contrário ao Projeto de Lei em tramitação. Contudo, antes disso, em dois mil e dezesseis o relator Alan Rick da comissão de Seguridade Social e Família (CSSF), ensejou parecer pela aprovação do PL.

Umas das justificativas contrárias ofertadas pela relatora Caroline de Toni a respeito do Projeto é que "tornar o abandono afetivo um ilícito importaria em uma indevida "monetização do afeto", com o desvirtuamento da sua essência" (TONI, 2019, p. 3), bem como, alegou inconstitucionalidade e antijuridicidade, além de ressaltar que as relações de afeto não devem ser impostas e nem medidas.

Ainda, nos dizeres da mesma:

A questão central da presente proposta gira em torno da ilicitude atinente ao abandono afetivo observa-se, no entanto, que não se trata

de abandono material, que pode ser objeto de reprobabilidade jurídica, mas, sim, da discussão sobre os efeitos derivados da negativa de afeto (TONI, 2019, p. 3).

Ademais, “não há que se olvidar que é impossível se aferir quantidade e qualidade do amor dedicado por alguém a outrem. O afeto deve ser sempre algo natural e espontâneo, e não uma obrigação jurídica, sob a qual incide um controle estatal” (TONI, 2019, p. 3). Já pelo parecer do relator Alan Rick o PL deve ser aprovado, afinal “hoje em dia, qualquer relação parental em que haja sofrimento e mágoa é passível de gerar pagamento de indenização nos termos de entendimento assentado no âmbito do STJ” (RICK, 2016, p. 5).

Nessa esteira, assinale-se ser judiciosa a adoção de todas as medidas nela albergadas, eis que, apesar dos avanços proporcionados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda se faz necessário aprimorá-lo no intuito de sanar lacunas [...] (RICK, 2016, p. 4). Dessa maneira, é a favor em “[...] adicionar novas normas de proteção a crianças e adolescentes, inclusive contra o abandono afetivo intencional” (RICK, 2016, p. 4).

Defende haver “o dever dos pais bem mais amplo de possibilitar a seus filhos o desenvolvimento humano pleno baseado em pilares constitucionais como os do respeito à dignidade da pessoa humana, da doutrina da proteção integral [...]” (RICK, 2016, p. 4). Com base nesses fundamentos deixa exposto que:

[...] é indubitavelmente de bom alvitre, a fim de proteger ainda mais nossas crianças e adolescentes, reconhecer o abandono afetivo intencional como ilícito civil nos termos propostos no âmbito do projeto de lei em exame e com consequências legais que incluam a possibilidade de reparação civil por danos morais (RICK, 2016, p. 4).

De modo a complementar o fundamento da relatora Caroline de Toni ao falar que “o afeto deve ser sempre algo natural e espontâneo, e não uma obrigação jurídica, sob a qual incide um controle estatal” (TONI, 2019, p. 3), Alan Rick utiliza-se dos ensinamentos da relatora do Superior Tribunal de Justiça, Ministra Nancy Andrighi, para esclarecer que apesar do amar ser uma faculdade, o cuidar é um dever, justificando, portanto, a indenização.

Como leciona a Ministra supra, “aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos” (RICK *apud* ANDRIGHI, 2016, p. 5).

A ideia do PL é para alterar a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, caracterizando o abandono afetivo como

ilícito civil. Para isso o texto oficial remetido à Câmara dos Deputados acrescenta parágrafos ao artigo 4º; parágrafo único ao artigo 5º; os termos convivência, assistência material e afetiva ao *caput* do artigo 22; inciso IV ao artigo 56, onde deixa evidente os termos negligência, abuso ou abandono; os termos morais e éticos ao *caput* do artigo 58; menciona o artigo 22 no parágrafo único do artigo 129; e a palavra negligência ao *caput* do artigo 130.

Os dois parágrafos propostos ensejam ao artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente a assistência afetiva como um dever dos pais para além do zelo quanto aos demais direitos tratados no artigo 3º da Lei que são todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana facilitando o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, sem qualquer distinção.

Conceitua a assistência afetiva, a tornando palpável juridicamente, como orientação, solidariedade e apoio, desde a questões materiais, culturais e educacionais às questões emocionais e afetivas como o intenso sofrimento ou dificuldade.

A conhecimento, são os parágrafos do PL:

- Art. 4º
- § 1º
- § 2º Compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3º desta Lei, prestar aos filhos *assistência afetiva*, seja por convívio, seja por visitação periódica, que permita o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento.
- § 3º Para efeitos desta Lei, *compreende-se por assistência afetiva*:
- I – orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais;
 - II – solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade;
 - III – presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida (BRASIL, 2015, grifo nosso).

O acréscimo do parágrafo único ao artigo 5º busca efetivar a indenização aos danos causados a quaisquer direitos fundamentais da criança ou adolescente, inclusivamente, nos casos de abandono afetivo.

Logo, pelo referido dispositivo:

- Art. 5º
- Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto

nesta Lei, incluindo os casos de *abandono afetivo* (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Com alteração do *caput* do artigo 22 a convivência, assistência material e afetiva também passariam a ser uma incumbência dos pais, juntamente com o sustento, guarda e educação dos filhos menores.

Como resultado, o artigo passaria a seguinte roupagem:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda, convivência, *assistência* material e *afetiva* e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais (BRASIL, 2015, grifo nosso).

O acréscimo do inciso IV ao artigo 56, deixa evidente os termos negligência, abuso ou abandono, como causas de intervenção estatal por meio do Conselho Tutelar, a serem observadas, denunciadas e comunicadas pelos diretores de instituições de ensino fundamental.

Art. 56.....
IV – negligência, abuso ou *abandono* na forma prevista nos arts. 4º e 5º desta Lei (BRASIL, 2015, grifo nosso).

A proposta legislativa, busca ainda a modificação do artigo 58 acrescentando os termos morais e éticos como valores a serem respeitados no processo educacional, conjuntamente aos valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente.

Art. 58. No processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, *morais, éticos*, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se-lhes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Atualmente o artigo 129 do ECA trata das medidas aplicáveis aos pais ou responsável, como por exemplo, a destituição da tutela e a suspensão ou destituição do poder familiar. Justamente quanto a esses dois exemplos o parágrafo único do presente artigo remete à observação dos artigos 23 e 24, e o Projeto aumenta essa observância também para o artigo 22 ressaltando o dever de convivência e a assistência afetiva.

Art. 129.....
Parágrafo único. Na aplicação das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos arts. 22, 23 e 24 (BRASIL, 2015).

Por fim, não menos importante, o PL por meio da inclusão da palavra negligência ao *caput* do artigo 130 do ECA busca o afastamento do agressor da moradia comum quando verificada a negligência pelos pais ou responsável.

Nessa sapiência:

Art. 130. Verificada a hipótese de maus-tratos, *negligência*, opressão ou abuso sexual *impostos pelos pais ou responsável*, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Diante do aludido, cristalinas são as intenções do Projeto de Lei de modo a reverenciar os direitos das crianças, jovens e adolescentes em plenos períodos de desenvolvimento, consciência e formação.

Reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça

É sabido os efeitos dos prejuízos provocados a terceiros e que os mesmos ocasionam direitos de diversas modalidades de reparos como por danos materiais, estéticos e morais. Já em consolidação a existência desses direitos não mais discutem-se, exceto, a aplicação à determinados casos, a exemplo, o abandono afetivo.

Como elucidado o abandono afetivo parte da exclusão dos pais ou um deles, independentemente se biológicos, da vida do filho de modo além do material pois relaciona-se ao afeto, atenção, tempo de qualidade, amor, carinho, os quais quando em ausência provocam consequências inimagináveis a longo prazo.

Assim como no tópico anterior há divergências de entendimentos quanto ao assunto e o dever de reparação, o mesmo ocorre em diversos meios como doutrinários e jurisprudenciais. No presente artigo o que importa para chegar-se a conclusão do dever de indenizar a vítima de abandono afetivo são as decisões jurisprudenciais, afinal, é de onde surgem as decisões dos fatos e que passam a ser uma realidade na vida dos autores do processo. Portanto, o foco será pelas decisões de reconhecimento do dano

moral nos casos de abandono afetivo já que é uma realidade cada vez mais presente acatada pelos tribunais.

Sendo o Superior Tribunal de Justiça base de fundamento em diversas decisões doutrinárias, nada mais sólido que utilizar-se de suas decisões a respeito da indenização por dano moral provocado pelo abandono afetivo de pais genéticos ou não.

Para compreensão é preciso entender que a convivência familiar é um dever mesmo que não há ou não se possa medir a afetividade existente entre os familiares. A estrutura familiar tem sofrido grandes mudanças e as mesmas estão sendo acompanhadas pelo ordenamento jurídico, posto isso, os tribunais tendem a solucionar conflitos baseados nas Leis e também nos costumes que são considerados fontes do Direito.

Quanto à aplicação do dano moral a jurisprudência é extensa, contudo, em relação à reparação civil ligada ao abandono afetivo ainda se encontra divergências geralmente nas mesmas linhas de embate destacadas anteriormente pelos relatores Alan Rick e Caroline de Toni ao posicionarem pela aprovação e não aprovação, respectivamente, do Projeto de Lei relacionado.

Nota-se, portanto, uma linha subjetiva e outra objetiva. Subjetiva, pois, fundamenta-se na subjetividade/individualidade emocional na qual não se pode medir, logo, não se pode estipular valor. Objetiva, ademais, apesar da subjetividade emocional do indivíduo há um dever legal palpável de cuidado, proteção, convivência, ao lado de outros direitos fundamentais como saúde e educação.

Ao citar “ao lado de outros direitos fundamentais como saúde e educação” bastasse pensar-se nas consequências do abandono afetivo desde a infância até a vida adulta, consequências como depressão e sentimentos que oprimem e despreparam para a vida em sociedade, sendo desobstruída a ligação direta dos mesmos com o estado de saúde, principalmente saúde emocional e psicológica, assim como, a educação tem ligação direta com a convivência familiar, carinho, amor, atenção, afeto e o estabelecimento de paradigmas uma vez que os pais servem de modelo comportamental que regem os filhos.

No entanto, há direitos sendo violados quando ocorre o abandono afetivo da mesma maneira que há deveres não sendo cumpridos pelas pessoas os quais competem, direitos e deveres esses objetivos e não apenas subjetivos.

O relator ministro Paulo de Tarso Sanseverino do Superior Tribunal de Justiça reconheceu o dano moral pela ruptura abrupta do vínculo afetivo em julgamento datado oito de novembro de dois mil e vinte e dois. É a ementa:

Recurso especial. Direito civil. Ação civil pública. Responsabilidade civil. Desistência de adoção depois de longo período de convivência. Ruptura abrupta do vínculo afetivo. Dano moral configurado. Revisão

do “quantum” compensatório. Impossibilidade. Valor que não é exorbitante. SÚMULA 07/STJ (STJ – Resp 1981131/MS Recurso Especial 2022/0009399-0, Relator: Paulo de Tarso Sanseverino, órgão Julgador: 3ª Turma).

Considerando a razoabilidade do montante indenizatório o relator o arbitrou em cinquenta salários mínimos em razão de um adolescente ter sido abandonado pelos pais socioafetivos.

Uma das suas justificativas é que a:

Possibilidade de desistência da adoção durante o estágio de convivência, prevista no art. 46, da Lei n.º 8.069/90, que não exime os adotantes de agirem em conformidade com a finalidade social deste direito subjetivo, sob pena de restar configurado o abuso, uma vez que assumiram voluntariamente os riscos e as dificuldades inerentes à adoção (SANSEVERINO, 2022, p. 2).

Ainda:

Desistência tardia que causou ao adotando dor, angústia e sentimento de abandono, sobretudo porque já havia construído uma identidade em relação ao casal de adotantes e estava bem adaptado ao ambiente familiar, possuindo a legítima expectativa de que não haveria ruptura da convivência com estes, como reconhecido no acórdão recorrido (SANSEVERINO, 2022, p. 2).

Em relação a pais biológicos também é aplicável o dano moral por abandono afetivo. Senão vejamos:

Civil. Processual civil. Direito de família. Abandono afetivo. Reparação de danos morais. Pedido juridicamente possível. Aplicação das regras de responsabilidade civil nas relações familiares. Obrigação de prestar alimentos e perda do poder familiar. Dever de assistência material e proteção à integridade da criança que não excluem a possibilidade da reparação de danos. Responsabilização civil dos pais. Pressupostos. Ação ou omissão relevante que represente violação ao dever de cuidado. Existência do dano material ou moral. Nexo de causalidade. Requisitos preenchidos na hipótese. Condenação a reparar danos morais. Custeio de sessões de psicoterapia. Dano material objeto de transação na ação de alimentos. Inviabilidade da discussão nesta ação (STJ – Resp 1887697/RJ Recurso Especial 2019/0290679-8, Relatora: Nancy Andrichi, Órgão Julgador: 3ª Turma).

A relatora ministra Nancy Andrighi no julgamento do referido ementário, datado vinte e um de setembro de dois mil e vinte e um, em recurso especial julgou juridicamente possível a reparação com fundamento no abandono afetivo promovido pelo pai quando ainda encontrava-se a filha em tenra idade.

Em resumo:

Na hipótese, o genitor, logo após a dissolução da união estável mantida com a mãe, promoveu uma abrupta ruptura da relação que mantinha com a filha, ainda em tenra idade, quando todos vínculos afetivos se encontravam estabelecidos, ignorando máxima de que existem as figuras do ex-marido e do ex-convivente, mas não existem as figuras do ex-pai e do ex-filho, mantendo, a partir de então, apenas relações protocolares com a criança, insuficientes para caracterizar o indispensável dever de cuidar (ANDRIGHI, 2021, p. 2).

O recurso especial foi conhecido e provido parcialmente com o intuito de aplicar a reparação de danos morais, o valorando em trinta mil reais.

Abandono afetivo pelos pais e o dever de indenizar

Como já asseverado as decisões jurisprudenciais sobre o dever ou não dever de indenizar os filhos por abandono afetivo não possuem entendimento unificado, porém, fato é que importantes dispositivos de Lei asseguram essa possibilidade quando deixam mais do que claro as necessidades e direitos dos filhos, bem como, os deveres dos seus pais.

Dispositivos como o artigo mil seiscientos e trinta e quatro, artigo mil seiscientos e trinta e oito, artigo cento e oitenta e seis ao lado do artigo novecentos e vinte e sete, todos do Código Civil; artigo quarto e quinto do ECA; e o artigo duzentos e trinta, e outros, da Constituição Federal.

Fora entendível a ligação entre os direitos fundamentais das crianças, jovens e adolescentes com as consequências do abandono afetivo que alcançam negativamente os seus numerosos direitos, desde materiais e físicos à psicológicos.

As construções desses direitos valem de proteção aos seus autores e essa proteção deve ser encarada de modo amplo, da mesma forma que a evolução sobre o conceito de família e a sua formação.

A família é nitidamente a busca da felicidade, do cuidado, zelo, amor na relação um com o outro como meios de realizações no âmbito familiar e fora dele quando colocado em prática os ensinamentos primeiros.

No fim de contas:

A família é indispensável para a vida em sociedade, assegurando a formação da personalidade do indivíduo, visando a individualidade de cada membro, fundada no princípio da dignidade humana, da solidariedade, da igualdade, da liberdade, do melhor interesse da criança e do adolescente, da convivência familiar e da afetividade, protegidos pelo que se encontra disposto no artigo 5º da Constituição Federal (PAIVA, 2021, p. 24).

Em vista disso, assim como o conceito de família adequou-se e passará a adequar-se aos anseios de vida dos indivíduos a Lei e a sua proteção assim também deve ser e não sentido contrário.

Embora entendível haver divergências jurisprudenciais, parece que as decisões contrárias esquecem do real significado de pais os reconhecendo apenas como indivíduos detentores de deveres palpáveis.

São tantos pais por aí cujo filhos encontram-se sem amparo, atenção, compreensão, proteção, que estipular o dever de indenizar, mesmo não sanando lacunas na vida da vítima, daria chance de pensarem antes de abandonar em definitivo ou até mesmo inibir a procriação indiscriminada, além de atender princípios basilares como o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e o princípio da paternidade responsável.

O que não se deve continuar é a facilidade ofertada legalmente para a prática do abandono afetivo sendo que há deveres reconhecidos juridicamente que buscam melhorar essa vívida situação que não tem nada a ver com o obrigar a amar, mas sim a cumprir deveres como pais responsáveis.

Hoje a entidade familiar é fundada em essencial pelo afeto sendo um ponto referencial que ampliou as modalidades de família e que não pode ser esquecido quando fala-se em responsabilidades dos pais, afinal, não faz sentido defendê-lo restritivamente já que é o cerne de uma estrutura familiar.

Assim sendo, não há óbice para a aplicação de reparo indenizável civilmente em casos de abandono afetivo já que o indivíduo se encontra moralmente abalado, o que é de reconhecimento da Corte Superior.

Segundo o artigo cento e oitenta e seis do Código Civil o dano moral é cabível na hipótese de ação ou omissão voluntária em casos de negligência que viole direitos e

cause danos a outrem, mesmo que apenas (leia-se como unidade) moral, configurando-se ato ilícito.

Isso pois, sabe-se que os danos morais são causados internamente e psicologicamente, indo para além dos direitos da personalidade, como dor, sofrimento, saúde mental ou física. Ademais, os prejuízos causados pelo abandono afetivo são inerentes à causa servindo como prova quando devidamente respaldadas e comprovadas por meios idôneos.

Ainda, há comportamento antijurídico do agente pois desvia-se do seu dever como responsável, pai ou mãe. Nesse diapasão, é compreensível a existência de dano, conduta culposa e o nexo causal entre a conduta e o dano. O artigo novecentos e vinte e sete reforça o dever de reparação ao agente do artigo cento e oitenta e seis destacando a obrigação de reparar “independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL, 2002).

O Código Civil destaca também em seu artigo mil seiscentos e trinta e quatro os deveres dos pais, dentre eles, o dever de dirigir-lhes a criação e a educação, correndo o risco de perder o poder familiar quando deixar o filho em abandono, conforme elenca o inciso um do artigo mil seiscentos e trinta e oito. Faz parte do dirigir-lhes a criação e a educação a afetividade necessária para o pleno desenvolvimento dos filhos o que é apreendido pelo conceito de família.

O conceito atual de família é centrado no afeto como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade (DIAS, 2016, p. 164).

Nessa situação, é cabível e recorrente a reparação pelos danos causados aos filhos mediante o abandono afetivo, ademais, “não há restrição legal para que se apliquem as regras da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares e que os arts. 186 e 927, ambos do CC/2002, tratam da matéria de forma ampla e irrestrita” (ANDRIGHI, 2021, p. 1).

O fato do não cumprimento dos deveres jurídicos como a parentalidade de forma responsável enseja o pedido de danos morais, juntamente com os seus meios probatórios. Nos dizeres de Nancy Andrichi (2021, p. 1) no processo citado no tópico antecedente:

A possibilidade de os pais serem condenados a reparar os danos morais causados pelo abandono afetivo do filho, ainda que em caráter excepcional, decorre do fato de essa espécie de condenação não ser afastada pela obrigação de prestar alimentos e nem tampouco pela perda do poder familiar, na medida em que *essa reparação possui*

fundamento jurídico próprio, bem como causa específica e autônoma, que é o descumprimento, pelos pais, do dever jurídico de exercer a parentalidade de maneira responsável (grifo nosso).

O dever jurídico de exercer a parentalidade de modo responsável compreende a obrigação de conferir ao filho uma firme referência parental, de modo a propiciar o seu adequado desenvolvimento mental, psíquico e de personalidade [...] (ANDRIGHI, 2021, p. 1-2).

A ministra expõe que o desenvolvimento adequado deve se ofertar “[...] sempre com vistas a não apenas observar, mas efetivamente concretizar os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da dignidade da pessoa humana” (ANDRIGHI, 2021, p. 2).

Isso pois, se de “[...] sua inobservância, resultarem traumas, lesões ou prejuízos perceptíveis na criança ou adolescente, não haverá óbice para que os pais sejam condenados a reparar os danos experimentados pelo filho” (ANDRIGHI, 2021, p. 2).

Ressalta-se, porém, que para a condenação dos pais ao pagamento de danos morais carece-se dos requisitos básicos da responsabilização civil caracterizando o ilícito, sendo percebidos como conduta, dano e o nexo causal.

Nesse caminhar, pelas palavras de Nancy Andrigi (2021, p. 2):

Para que seja admissível a condenação a reparar danos em virtude do abandono afetivo, é imprescindível a adequada demonstração dos pressupostos da responsabilização civil, a saber, a conduta dos pais (ações ou omissões relevantes e que representem violação ao dever de cuidado), a existência do dano (demonstrada por elementos de prova que bem demonstrem a presença de prejuízo material ou moral) e o nexo de causalidade (que das ações ou omissões decorra diretamente a existência do fato danoso).

No caso fático demonstrado como exemplo de reconhecimento do abandono afetivo pelo STJ por intermédio da relatora em questão restou-se comprovados os pressupostos da responsabilidade civil.

A conhecer, o fato danoso e o nexo de causalidade, pelos ensinamentos da própria:

[...] ficaram amplamente comprovados pela prova produzida pela filha, corroborada pelo laudo pericial, que atestaram que as ações e omissões do pai acarretaram quadro de ansiedade, traumas psíquicos e sequelas físicas eventuais à criança, que desde os 11 anos de idade e por longo período, teve de se submeter às sessões de

psicoterapia, gerando dano psicológico concreto apto a modificar a sua personalidade e, por consequência, a sua própria história de vida (ANDRIGHI, 2021, p. 2).

Tem-se então que os danos morais por abandono afetivo não suprem os eventuais prejuízos mais ameniza a sensação de injustiça provocada as vítimas pelo não cumprimento dos deveres legalmente inerentes as figuras dos seus pais, bastando então o não cumprimento e a presença dos elementos da responsabilização civil para o julgamento adequado do caso concreto e o ressarcimento do dano.

Conclusão

Perante a significativa das necessidades das famílias, por conseguinte sociedade, fica manifesto o dever de indenização dos pais que abandonam afetivamente seus filhos em situações de comprovação idônea dos danos sofridos e os requisitos para a devida reparação civil caracterizada pelo dano moral.

A atual resignificação da palavra família deve ser estimada amplamente de maneira a vedar o seu retrocesso e cumprir os direitos, nesse caso, dos filhos que sofrem a dor do abandono afetivo e precisam conviver com os efeitos dessa conduta.

A reparação do dano causado aos filhos pelo abandono afetivo é uma realidade reconhecida pela Corte Superior e de modo extenso por demais jurisprudências como as decisões dos tribunais de justiça e norteadores do Direito.

Nesse fim, fica evidente a essencialidade do tema, embora ainda polêmico no judiciário que tende à discordância, mas que não pode sofrer com a falta de segurança jurídica mediante os tantos danos capazes de modificar o desenvolvimento saudável e tornar a vida adulta propícia a mais problemas comportando sequelas emocionais e psicológicas.

Referências

BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 21 nov. 2022.

- BRASIL. *Projeto de Lei 3.212 de 2015*. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para caracterizar o abandono afetivo como ilícito civil. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1999535>>. Acesso em: 18 nov. 2022.
- BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Terceira Turma. Recurso Especial 2019/0290679-8, Relatora: Nancy Andrighi. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902906798&dt_publicacao=23/09/2021>. Acesso em 18 nov. 2022.
- BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Terceira Turma. Recurso Especial 2022/0009399-0, Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em:< https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200093990&dt_publicacao=16/11/2022>. Acesso em: 19 nov. 2022.
- DIAS, M. B. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- ELIAS, N. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.
- FERREIRA, A. B. de H. Abandono. In FERREIRA, A. B. de H. *Mini Aurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.
- LÔBO, P. *Direito Civil: família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MADALENO, R. *Direito de família*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017 [1954].
- PAIVA, D. de A. *Abandono Afetivo: Responsabilidade Civil e uma visão além da indenização*. Porto Alegre: Editora Fi, 2021.
- RICK, A. *Comissão de Seguridade Social e Família*. Parecer Projeto de Lei No 3.212, DE 2015. 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01puxbf8gal45q8x5rzc291q1874060.node0?codteor=1468568&filename=Parecer-CSSF-16-06-2016>. Acesso em: 17 nov. 2022.
- SANTOS, W. dos. *Dicionário jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SCHOR, D. *Heranças invisíveis do abandono afetivo: um estudo psicanalítico sobre as dimensões da experiência traumática*. São Paulo: Blucher, 2017.
- TONI, C de. *Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania*. Parecer Projeto de Lei nº 3.212, DE 2015. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1843885&filename=Parecer-CCJC-09-12-2019>. Acesso em: 17 nov. 2022.
- VILLELA, J. B. Repensando o Direito de Família. *Cadernos jurídicos*, v. 3, n. 7, 2002.

Reflexões sobre a (im)possibilidade de intervenção militar no Brasil à luz da Constituição Federal de 1988

Reflections on the (im)possibility of military intervention in Brazil in the light of the 1988 Federal Constitution

Sabrina de Souza Reis*

Hugo Garcez Duarte**

Resumo: Neste artigo, visa-se estabelecer reflexões sobre a (im)possibilidade de intervenção militar no Brasil à luz da Constituição Federal de 1988. Atualmente o país está passando por uma instabilidade política, na qual o povo não possui confiança nos Poderes políticos constituídos. Em vista disso, em meio ao maior sentimento de descrédito interno e internacional que parte da população acredita que a melhor medida a ser tomada diante de um cenário como o nosso se trata de uma intervenção militar. O assunto gera muitos debates e divergências. Por isso, diante da repercussão que o tema tem gerado na sociedade, necessário se faz analisar se há possibilidade real de ocorrer uma intervenção militar no país à luz da Constituição Federal de 1988, o que cuidaremos neste texto. A proposta é adotar, pelo exposto, como paradigmas metodológicos, vieses descritivos, analíticos e reflexivos, tendo-se como objeto posicionamentos doutrinários, históricos e legislativos, a fim de melhor compreender as interpretações que cercam o tema.

Palavras-chave: Reflexões; Constituição; Intervenção militar; Possibilidade.

Abstract: This article aims to establish reflections on the (im)possibility of military intervention in Brazil in the light of the Federal Constitution of 1988. Currently the country is experiencing political instability, in which the people do not have confidence in the political powers constituted. In view of this, in the midst of the greater sense of internal and international discredit that part of the population believes that the best measure to be taken in the face of a scenario like ours is a military intervention. The subject generates many debates and disagreements. Therefore, given the repercussion that the theme has generated in society, it is necessary to analyze whether there is a real possibility of military intervention in the country in the light of the Federal Constitution of 1988, which we will take care of in this text. The proposal is to adopt, by the above, as methodological paradigms, descriptive, analytical and reflective reviews, having as object doctrinal, historical and legislative positions, in order to better understand the interpretations surrounding the theme.

Keywords: Reflections; Constitution; Military Intervention; Possibility.

Recebido em: 22/8/2022
Aprovado em: 24/10/2022

* Graduada em Direito pela Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste). E-mail: sabrinareis1997@hotmail.com.

** Mestre em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC). Professor e Coordenador de Iniciação Científica da Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste). E-mail: profugoduarte@gmail.com.

Introdução

A situação política de um país determina pontos fundamentais para a manutenção de uma nação sadia. Na falta dessa estabilidade muitas áreas podem ser afetadas, dentre elas, os Poderes da República, a segurança pública, o próprio governo, o bem-estar do cidadão, a economia, entre outros.

A atual instabilidade política no país, evidenciada pela mídia, redes sociais, diversas manifestações nas ruas, operação lava jato e seus desdobramentos que escancararam escândalos de corrupção, à toda nação trouxe a sensação de falta de representatividade.

Em um país onde não há confiança nos Poderes políticos constituídos, Legislativo, Executivo e, até mesmo, o Judiciário, leva-se o povo a uma comoção, desejando-se, por vezes, a restauração/instalação da ordem e a volta/instauração da estabilidade político-social. E é em meio ao maior sentimento de descrédito interno e internacional que parte da população acredita que a melhor medida a ser tomada diante de um cenário como o nosso se trata de uma intervenção militar.

Veja-se, por exemplo, o que o então candidato a vice-presidente da República, o general Mourão, fomentou em entrevista à GloboNews publicada pelo G1 no dia 8 de setembro de 2018:

Merval: O senhor, então, admite que as Forças Armadas podem intervir se julgarem que um poder está inerte, ou está em perigo?

Mourão: Eu vou colocar aqui para ti, Merval. Eu vejo. O Brasil tem quatro objetivos nacionais permanentes. Integridade do território, integridade do patrimônio, democracia e paz social. Quando você fala em integridade do território, integridade do patrimônio, é defesa da pátria. E quando você fala democracia e paz social, você está dentro das outras duas missões, que é a garantia dos poderes constitucionais e a garantia da lei e da ordem.

Heraldo: Mas, general, sempre a pedido, por solicitação de um dos Poderes. Não é por conta própria...

Mourão: Pois é, mas quando a gente vê que pode ocorrer uma anomia. Nós estamos falando aqui de uma situação hipotética, né, isso é hipotético. Quando você vê que o país está indo para uma anomia, na anarquia generalizada, que não há mais respeito pela autoridade, grupos armados andando pela rua...

Heraldo: Mas não está na Constituição, a letra da Constituição não estabelece essa possibilidade, isso é uma possibilidade fora...

Mourão: Heraldo, toda missão tem que haver uma interpretação. O comandante, o item 1 do estudo de situação do comandante é interpretar a missão. E não é fácil.

Heraldo: Não existe interpretação, general, porque a letra, vamos tratar na literalidade da Constituição e o guardião da Constituição é o STF, que interpreta.

Mourão: Só que a garantia dos poderes constitucionais não é por iniciativa de qualquer um dos poderes. A da lei e da ordem, sim.¹²

O assunto gera muitos debates e divergências. Por isso, diante da repercussão que o tema tem gerado na sociedade, necessário se faz analisar se há possibilidade real de ocorrer uma intervenção militar no país à luz da Constituição Federal de 1988, o que cuidaremos neste Trabalho de Curso.

Para que isso se realize, analisaremos, em primeiro lugar, a atmosfera histórica da intervenção militar de 1964, afim de delimitar as diferenciações para com a contemporaneidade.

Em segundo, as previsões constitucionais acerca das funções das Forças Armadas na Constituição da República em vigor.

Em terceiro, os posicionamentos de Ives Gandra da Silva Martins (2020) que, em interpretação constitucional a essas funções, admite a possibilidade, como se verifica no texto *Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes*.

Em quarto lugar, em contraposição ao posicionamento do jurista acima referido, refletiremos sobre as interpretações constitucionais de Lenio Luiz Streck (2020) apresentadas no artigo *Ives Gandra está errado: o artigo 142 não permite intervenção militar!*

O trabalho adotará, por todo o exposto, como paradigmas metodológicos, vieses descritivos, analíticos e reflexivos, tendo-se como objeto posicionamentos doutrinários, históricos e legislativos.

O Golpe de 1964

Em torno do assunto (im)possibilidade de intervenção militar na Constituição Federal de 1988, o qual é a discussão central deste presente trabalho, necessário se faz

¹ Dados conforme: GENERAL Mourão admite que, na hipótese de anarquia, pode haver 'autogolpe' do presidente com apoio das Forças Armadas. G1, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/09/08/general-mourao-admite-que-na-hipotese-de-anarquia-pode-haver-auto-golpe-do-presidente-com-apoio-das-forcas-armadas.ghtml>>.

² Negrito conforme originais.

abordar um fato histórico de suma importância em relação a este tema, o golpe militar de 1964.

Para apresentar o assunto, teremos como base o texto *O golpe de 1964 e a instauração do regime militar*, publicado por Celso Castro no sítio da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

De acordo com Celso Castro ([entre 2011 e 2021]), ocorrido em 31 de março de 1964, o golpe militar foi iniciado contra o governo de João Goulart (Jango), que ficou sem reação junto aos grupos que lhe davam apoio. Jango desistiu de um confronto militar com os golpistas e seguiu para o exílio no Uruguai, de onde somente retornou ao Brasil para ser sepultado no ano de 1976.

Antes mesmo de Jango deixar o país, o presidente do Senado, Auro de Moura Andrade, já havia declarado vaga a presidência da República. O presidente da Câmara dos Deputados, Ranieri Mazzilli, assumiu interinamente a presidência, conforme previsto na Constituição de 1946, e como já ocorrera em 1961, após a renúncia de Jânio Quadros. O poder real, no entanto, encontrava-se em mãos militares. No dia 2 de abril, foi organizado o autodenominado “Comando Supremo da Revolução”, composto por três membros: o brigadeiro Francisco de Assis Correia de Melo (Aeronáutica), o vice-almirante Augusto Rademaker (Marinha) e o general Artur da Costa e Silva, representante do Exército e homem-forte do triunvirato. Essa junta permaneceria no poder por duas semanas. [...] Nos primeiros dias após o golpe, uma violenta repressão atingiu os setores politicamente mais mobilizados à esquerda no espectro político, como por exemplo o CGT, a União Nacional dos Estudantes (UNE), as Ligas Camponesas e grupos católicos como a Juventude Universitária Católica (JUC) e a Ação Popular (AP). Milhares de pessoas foram presas de modo irregular, e a ocorrência de casos de tortura foi comum, especialmente no Nordeste. O líder comunista Gregório Bezerra, por exemplo, foi amarrado e arrastado pelas ruas de Recife (CASTRO, [entre 2011 e 2021], p. s.n.).³

Foi baixado pela junta um “Ato Institucional”, inventado pelo governo militar, sem qualquer fundamentação jurídica, principalmente, previsão na Constituição de 1964. Isso se deu com o objetivo de justificar os atos de exceção praticados por eles (CASTRO, [entre 2011 e 2021]).

De acordo com Celso Castro ([entre 2011 e 2021]) ressaltou, foram abertos centenas de Inquéritos Policiais-Militares ao longo do mês de abril de 1964, em sua maioria, chefiados por coronéis, tendo a finalidade de apurar atividades consideradas subversivas.

³ Supressão nossa.

Nesse contexto, milhares de pessoas tiveram seus direitos atingidos, tendo parlamentares seus mandatos cassados, cidadãos tiveram seus direitos políticos suspensos e funcionários públicos civis e militares foram demitidos ou aposentados (CASTRO, [entre 2011 e 2021]).

Entretanto, o golpe militar foi saudado por importantes setores da sociedade brasileira. Grande parte do empresariado, da imprensa, dos proprietários rurais, Carlos Lacerda e Cordeiro de Farias (1955) da Igreja católica, vários governadores de estados importantes (como Carlos Lacerda, da Guanabara, Magalhães Pinto, de Minas Gerais, e Ademar de Barros, de São Paulo) e amplos setores de classe média pediram e estimularam a intervenção militar, como forma de pôr fim à ameaça de esquerdização do governo e de controlar a crise econômica. Antônio Carlos Muricy, Magalhães Pinto e Aurélio Lira Tavares numa cerimônia de condecoração do primeiro (entre 1967 e 1969). O golpe também foi recebido com alívio pelo governo norte-americano, satisfeito de ver que o Brasil não seguia o mesmo caminho de Cuba, onde a guerrilha liderada por Fidel Castro havia conseguido tomar o poder. Os Estados Unidos acompanharam de perto a conspiração e o desenrolar dos acontecimentos, principalmente através de seu embaixador no Brasil, Lincoln Gordon, e do adido militar, Vernon Walters, e haviam decidido, através da secreta "Operação Brother Sam", dar apoio logístico aos militares golpistas, caso estes enfrentassem uma longa resistência por parte de forças leais a Jango.

Para justificarem suas ações, os militares envolvidos no golpe de 1964, afirmavam que o seu objetivo era restaurar a disciplina e a hierarquia nas Forças Armadas e impedir a ameaça comunista, que eles acreditavam pairar sobre o país (CASTRO, [entre 2011 e 2021]).

Afirmou Castro ([entre 2011 e 2021]), para eles, a principal ameaça à ordem capitalista e à segurança do país viria de dentro do próprio país, através de brasileiros que atuariam como "inimigos internos", que procurariam implantar o comunismo por meio da "subversão" da ordem existente.

Vejamos as exatas palavras de Celso Castro ([entre 2011 e 2021], p. s.n.):

Esses "inimigos internos" procurariam implantar o comunismo no país pela via revolucionária, através da "subversão" da ordem existente – daí serem chamados pelos militares de "subversivos". Diversos exemplos internacionais, como as guerras revolucionárias ocorridas na Ásia, na África e principalmente em Cuba, serviam para reforçar esses temores. Essa visão de mundo estava na base da chamada "Doutrina de

Segurança Nacional” e das teorias de “guerra anti-subversiva” ou “anti-revolucionária” ensinadas nas escolas superiores das Forças Armadas.

Os militares golpistas que assumiram o poder em 1964 acreditavam que o regime democrático que vigorava no Brasil desde o fim da Segunda Guerra Mundial era incapaz de impedir a “ameaça comunista” (CASTRO, [entre 2011 e 2021]).

Castro ([entre 2011 e 2021]) argumentou, com esse fato, deu-se início à implantação de um regime político evidenciado pelo “autoritarismo”, ou seja, um regime político que privilegiava a autoridade do Estado em relação às liberdades individuais, e o Poder Executivo predominou frente aos poderes Legislativo e Judiciário.

Os golpistas, temendo uma “volta ao passado”, ou seja, ao pré-golpe ou de uma ruptura no interior das Forças Armadas, sempre se empenhavam em preservar a unidade, mesmo em alguns momentos desunidos internamente, eles demonstraram um considerável grau de união sempre que avistavam alguma ameaça externa à Revolução, surgida da oposição política. O que prevaleceu durante todo o regime militar (CASTRO, [entre 2011 e 2021]).

A falta de resistência ao golpe de 1964 não deve ser vista como resultado da derrota diante de uma bem articulada conspiração militar. Foi clara a falta de organização e coordenação entre os militares golpistas. Mais do que uma conspiração única, centralizada e estruturada, a imagem mais fidedigna é a de “ilhas de conspiração”, com grupos unidos ideologicamente pela rejeição da política pré-1964, mas com baixo grau de articulação entre si. Não havia um projeto de governo bem definido, além da necessidade de se fazer uma “limpeza” nas instituições e recuperar a economia. O que diferenciava os militares golpistas era a avaliação da profundidade necessária à intervenção militar. Antônio Carlos Muricy, Joaquim Justino Alves Bastos, Homero Souto de Oliveira, Paulo Guerra e outros na Parada da Vitória (24 maio 1964). Desde o início havia uma nítida diferenciação entre, de um lado, militares que clamavam por medidas mais radicais contra a “subversão” e apoiavam uma permanência dos militares no poder por um longo período e, de outro lado, aqueles que se filiavam à tradição de intervenções militares “moderadoras” na política – como havia acontecido, por exemplo, em 1930, 1945 e 1954 – seguidas de um rápido retorno do poder aos civis. Os mais radicais aglutinaram-se em torno do general Costa e Silva; os outros, do general Humberto de Alencar Castelo Branco (CASTRO, [entre 2011 e 2021], p. s.n.)

Como Castro ([entre 2011 e 2021]) narrou, no dia 15 de abril de 1964, Castelo Branco assumiu a presidência da República, após articulações bem-sucedidas na área

militar de um grupo de oficiais pró Castelo e o apoio dos principais líderes políticos civis favoráveis ao ocorrido. Castelo Branco, ao assumir o poder, prometeu a retomada do crescimento econômico e o retorno do país à “normalidade democrática”.

Forças Armadas

A Constituição Federal de 1988, que instituiu na República Federativa Brasileira enquanto Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), possui um capítulo específico para tratar das Forças Armadas.

Em seu art. 142 *caput*, a Constituição da República aponta que as Forças Armadas, constituídas pelo Exército, Marinha e a Aeronáutica, são classificadas como instituições nacionais, permanentes e regulares, tendo como princípios basilares a disciplina e a hierarquia, organizadas de maneira geral por Lei Complementar, estando sob autoridade suprema do Presidente da República, possuindo como finalidade a defesa da pátria, dos poderes constitucionais, da lei e da ordem.⁴

Conforme ressalta Nathalia Masson (2018), porque são instituições regulares e permanentes, sua existência se prolonga no tempo, independentemente de contingências históricas.

As forças Armadas são instituições nacionais, por isso, veda-se aos Estados-membros a instituição do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, sendo-lhes permitido, tão somente, a criação das polícias militares e corpos de bombeiros militares, considerados forças auxiliares e reserva do Exército, conforme artigo 144, § 6º, da Constituição Federal de 1988.⁵

Em relação a disciplina e a hierarquia, estas se encontram reguladas na Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980, conhecida como Estatuto dos Militares. De acordo com essa lei, art. 14, § 1º, a hierarquia é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro das estruturas das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações. Dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade.

Já a disciplina, conforme o § 2º do mesmo art. 14, é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o

⁴ Legislação conforme: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

⁵ Legislação conforme: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.⁶

Nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos (2014, p. 1450):

As Forças Armadas constituem o elemento fundamental da organização coercitiva do Estado. Postas a serviço do direito e da paz social, têm o objetivo de afirmar a ordem interna da Nação. Do ponto de vista externo, buscam garantir a defesa da soberania e da Pátria, funcionando como as vigas-mestras de subsistência do Estado, em perfeita sintonia com seus fins essenciais. A missão precípua das Forças Armadas, portanto, é a defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais, que, harmônicos e independentes (CF, art. 22), têm a sua fonte nas aspirações populares (CF, arr. 12, parágrafo único). Esporadicamente, contudo, incumbe-lhes defender a lei e a ordem interna, atribuições típicas da segurança pública, exercidas pelas polícias civil e militar dos Estados e do Distrito Federal. Nesse Ínterim, é dado aos chefes de qualquer dos três Poderes do Estado o direito de convocá-las. Mas enfatize-se bem: juízes de direito, desembargadores, juízes federais, deputados federais, senadores da República, ministros de Tribunais Superiores, nada obstante a grande importância de suas atribuições, não detêm essa competência, porque são meros representantes dos poderes constitucionais. Apenas o Presidente da República, o presidente da Mesa do Congresso Nacional ou o presidente do Supremo Tribunal Federal podem convocar, quando necessário, as Forças Armadas. A importância que a Carta de 1988 atribuiu às Forças Armadas foi tão grande que, ao incluí-las no seu Título V, enfatizou o seu poderio, imprescindível nos momentos cívicos da vida internacional. Por isso, o respeito à sua autoridade consigna um dever de todos, tendo em vista a destinação que o constituinte lhe outorgou.

Segundo José Afonso da Silva (2005, p. 771) corrobora:

Constituem, assim, elemento fundamental da organização coercitiva a serviço do Direito e da paz social. Esta nelas repousa pela afirmação da ordem na órbita interna e do prestígio estatal na sociedade das nações. São, portanto, os garantes materiais da subsistência do Estado e da perfeita realização dos seus fins. Em função da consciência que tenham sua missão está a tranquilidade interna pela estabilidade das instituições. É em função de seu poderio que se afirmam, nos

⁶ Legislação conforme: BRASIL. *Lei n° 6.880, de 09 de dezembro de 1980*. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Brasília, DF: Presidência da República, 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6880.htm.

momentos críticos da vida internacional, o prestígio do Estado e a sua própria soberania.

Com isso, pode-se afirmar que as Forças Armadas possuem três finalidades. A primeira delas, como aponta Fernando Carlos Santos da Silva (2006), é defesa da pátria, que é considerada a finalidade precípua, traduzindo-se pela atuação contra as ameaças e agressões estrangeiras, a fim de preservar a independência, a soberania, a unidade, as instituições e a integridade do patrimônio nacional, o qual abrange o território, os recursos humanos e materiais, além dos valores histórico-culturais.

A segunda finalidade que está dentre as principais funções das Forças Armadas, é a defesa dos poderes constitucionais, sendo eles o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, cabendo, então, a ela, intervir contra manifestações de qualquer natureza que atentem contra a existência e a independência de quaisquer dos poderes e contra a harmonia entre eles.⁷

Já a terceira finalidade, é a defesa da lei e da ordem, podendo ser garantidas por iniciativa de quaisquer dos Poderes, onde a Lei Complementar (LC) nº 97/1999, art. 15, § 2º, estabelece que esta ocorrerá de acordo com diretrizes fixadas em ato do Presidente da República após esgotados os instrumentos tradicionalmente destinados à preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionados ao artigo 144 da Constituição Federal de 1988.⁸

Como é o comandante das Forças Armadas, nos termos do art. 84, XIII da Constituição brasileira, ao Presidente da República cabe a orientação política da guerra, tendo o mesmo, também, a atribuição constitucional de nomear os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, além de promover os oficiais gerais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos.⁹

Além disso, compete ao Presidente, por iniciativa privativa, leis para fixar ou modificar os efetivos das Forças Armadas, e para dispor sobre os militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva, como dispõe o art. 61, § 1º, I e II, "f", da Carta Magna.¹⁰

⁷ Dados conforme: QUAL o papel das Forças Armadas na democracia brasileira? In: *Politize*. 2021. Disponível em: <https://www.politize.com.br/forcas-armadas-e-democracia/>.

⁸ Legislação conforme: BRASIL. *Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999*. Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp97.htm.

⁹ Legislação conforme: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

¹⁰ Legislação conforme: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Nos termos da Lei Complementar nº 97/1999 (LC), art. 2º, I e II, o Presidente da República será assessorado, no que concerne ao emprego de meios militares, pelo Conselho Militar de Defesa e no que concerne aos demais assuntos pertinentes à área militar, pelo Ministro de Estado da Defesa.¹¹

O acima citado Conselho Militar de Defesa, instituído pela Emenda Constitucional nº 23/1999 (EC 23/1999), que em seu art. 84, XIII expressa caber a este o comando supremo das Forças Armadas, sendo esta composta pelos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, sendo estes cargos privativos de oficiais-generais ocupantes do último posto da Força respectiva.

A EC nº 23/1999 que alterou o art. 12, § 3º, VII da Constituição Federal, criou o Ministério da Defesa, de modo que os antigos Ministérios da Marinha, do Exército e da Aeronáutica se transformara em comandos das respectivas Forças Armadas. O Ministro de Estado da Defesa é o único dos Ministros de Estado que deve ser, necessariamente, brasileiro nato.¹²

Como ressalta Bernardo Gonçalves Fernandes (2018), o Ministro de Estado de Defesa exerce a direção superior das Forças Armadas, assessorado pelo Conselho Militar de Defesa, órgão permanente de assessoramento, pelo Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas e pelos demais órgãos, conforme definido em lei.

Ao Ministro da Defesa compete a implantação do Livro Branco de Defesa Nacional, documento de caráter público, por meio do qual se permitirá o acesso ao amplo contexto da Estratégia de Defesa Nacional, em perspectiva de médio e longo prazo, que viabilize o acompanhamento do orçamento e do planejamento plurianual relativos ao setor (FERNANDES, 2018).

Já as sanções de natureza disciplinar, aponta Fernandes (2018), poderão ser aplicadas pelos superiores hierárquicos e pelo Presidente da República, tendo sempre por base a hierarquia e a disciplina como valores.

Na Constituição Federal de 1988, art. 142, § 2º, há algumas vedações ao regime jurídico militar, cabendo destacar como a primeira delas, as punições disciplinares militares, visto que a elas não é cabível *Habeas Corpus*, vedação essa que se aplica somente em relação ao mérito da punição.

Destaca-se também que ao militar são proibidas a sindicalização e a greve, ou seja, ao contrário das demais categorias de trabalho civis, membros do Exército,

¹¹ Legislação conforme: BRASIL. *Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999*. Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp97.htm.

¹² Legislação conforme: BRASIL. *Emenda Constitucional nº 23, de 2 de setembro de 1999*. Altera os arts. 12, 52, 84, 91, 102 e 105 da Constituição Federal (criação do Ministério da Defesa). Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

da Marinha e da Aeronáutica são proibidos de incorrer em greve e de se organizar sindicalmente. Como também estão vedados de ingressar em qualquer partido político, valendo somente para os militares na ativa, conforme encontramos no art. 142, § 3º, IV e V.

Além das vedações, de acordo art. 142, § 3º, I da Carta Magna, as Forças Armadas possuem outras características importantes contidas em lei, como as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, que são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes das Forças Armadas.¹³

O posicionamento de Ives Gandra da Silva Martins

O jurista Ives Gandra da Silva Martins (2020) oferece algumas interpretações e significados para as atribuições das Forças Armadas, contidas no art. 142 da Constituição Federal de 1988. Afirmar Martins (2020) na linha apresentada anteriormente, a defesa da pátria, a garantia dos poderes constitucionais e a garantia da lei e da ordem por iniciativa de qualquer dos três Poderes.

Para Ives Gandra da Silva Martins (2020), as duas primeiras a saber, a defesa da pátria e a garantia dos poderes constitucionais, possuem definições que não oferecem dúvidas, por isso, são menos complexas. Segundo o autor, sobre a defesa da Pátria, até mesmo os alunos do pré-primário sabem que o país será defendido contra eventuais invasões de outras nações pelas Forças Armadas.

Acerca da garantia dos poderes contra manifestações de qualquer natureza, compreende-se, lembrando-se que, nos estados de defesa e de sítio as polícias militares, civil e guarda municipal são coordenadas pelas Forças Armadas (MARTINS, 2020).

Aponta Martins (2020), é a terceira atribuição que tem gerado discussões entre juristas e políticos, se está corresponderia ou não a uma atribuição outorgada às Forças Armadas, se poderia repor pontualmente lei e a ordem, a pedido de qualquer Poder.

O mesmo deixa sua opinião sobre o assunto bem clara quando diz:

Minha interpretação, há 31 anos, manifestada para alunos da universidade, em livros, conferências, artigos jornalísticos, rádio e

¹³ Legislação conforme: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

televisão é que NO CAPÍTULO PARA A DEFESA DA DEMOCRACIA, DO ESTADO E DE SUAS INSTITUIÇÕES, se um Poder sentir-se atropelado por outro, poderá solicitar às Forças Armadas que ajam como Poder Moderador para repor, NAQUELE PONTO, A LEI E A ORDEM, se esta, realmente, tiver sido ferida pelo Poder em conflito com o postulante. (MARTINS, 2020, p. s.n.).

Ives Gandra da Silva Martins (2020) expôs, possuem juristas que defendem a tese de que a terceira atribuição e a segunda se confundem, pois para garantir as instituições, necessariamente, estarão as Forças Armadas garantindo a lei e a ordem, já que o único Poder Moderador seria o Judiciário.

Porém, também conforme Martins (2020), esse argumento estaria incorreto, vez que, segundo sua opinião, não haveria sentido ter na Constituição Federal uma repetição enfática e a própria menção à solicitação de Poder para garantir a lei e a ordem, sinaliza uma garantia distinta daquela que estaria já na função de assegurar os Poderes constitucionais, como atribuição das Forças Armadas.

Para o melhor entendimento de sua opinião e de seus argumentos, o jurista utiliza o seguinte exemplo:

Vamos admitir que, declarando a inconstitucionalidade por omissão do Parlamento, que é atribuição do STF, o STF decidisse fazer a lei que o Congresso deveria fazer e não fez, violando o disposto no artigo 103, parágrafo 2º, qual seja: Art. 103. [...] § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias". Ora, se o Congresso contestasse tal invasão de competência não poderia recorrer ao próprio STF invasor, apesar de ter pelo artigo 49, inciso XI, a obrigação de zelar por sua competência normativa perante os outros Poderes. Pelo artigo 142 da CF/88 caberia ao Congresso recorrer às Forças Armadas para reposição da lei (CF) e da ordem, não dando eficácia àquela norma que caberia apenas e tão somente ao Congresso redigir. Sua atuação seria, pois, pontual. Jamais para romper, mas para repor a lei e a ordem tisonada pela Suprema Corte.¹⁴ (MARTINS, 2020, p. s.n.)

Ives Gandra da Silva Martins (2020) afirma que, em seu entendimento, tal intervenção das Forças Armadas apenas interferiria em havendo invasão de competência legislativa ou de atribuições, para dizer qual a interpretação correta da lei aplicada no conflito

¹⁴ Parênteses como nos originais.

entre Poderes, sendo apenas uma intervenção moderadora pontual, não exercendo assim nenhuma outra função técnica ou política.

Por fim, Martins (2020) indaga que se o conflito se colocasse entre o Poder Executivo Federal e qualquer dos dois outros Poderes, não caberia ao Presidente, mas sim aos Comandantes das Forças Armadas o Exercício do Poder Moderador.

O posicionamento de Lenio Luiz Streck

Em contraponto ao posicionamento de Ives Gandra, sinalizado acima, temos as interpretações de Lenio Streck, expostas no *texto Ives Gandra está errado: o artigo 142 não permite intervenção militar!*

Inicialmente, Streck (2020) ressalta ser necessário expor novamente suas interpretações sobre o assunto, citando que anda circulando uma matéria de O Globo, de 2018 - talvez a mesma citada por nós no início desse trabalho -, na qual o General Mourão, nosso vice-presidente, falava sobre o artigo 142 da Constituição Federal, dando a ele a mesma interpretação que Ives Gandra vem dando.

Por isso, segundo Lenio Streck (2020), se faz importante retomar esse assunto, para que jornalistas, jornaleiros, juristas e militares, possam saber o que é interpretação do Direito, observando que há limites a essas interpretações e não darem ao artigo 142 da Constituição Federal o sentido que quiserem.

Streck (2020) lembra o jurista Michael Stolleis que narrou, quando da edição das leis de Nuremberg, em 1935, os nazistas utilizaram-se exatamente do sistema jurídico como ferramenta de poder, fazendo com que ele fosse nada mais que um instrumento do Führer, manifestando seus objetivos, instrumentalizando as leis e a Constituição.

Qual é o ponto? Exatamente a expressão utilizada por Michael Stolleis, que o faz recorrendo à obra de Bernd Rüthers, para definir o que ocorreu naquele período: a interpretação do Direito não fora constrangida (limitada). E cita o livro de Rüthers, denominado justamente *Die unbegrenzte Auslegung* — uma interpretação não-constrangida. No Brasil isso pode se encaixar perigosamente como uma luva (STRECK, 2020, p. s.n.).

Para Streck (2020), a interpretação dada por Ives Gandra ao artigo 142 da Constituição Federal, qual seja, a de que as Forças Armadas poderiam intervir para restaurar a ordem democrática, é muitíssimo perigosa, e, para expor suas interpretações sobre o tema em questão, traz o argumento do que diz o dispositivo.

Segundo Lenio Luiz Streck (2020, p. s.n.):

As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanente e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se a defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Lenio (2020) menciona que diante do conceito exposto não encontrou o que Ives Gandra quis mostrar e que o dispositivo constitucional deu a ele a interpretação que o Supremo Tribunal Federal (STF) estaria sendo ameaçado, devendo ter cuidado com as decisões.

Conforme Streck (2020), na interpretação do Direito não cabe relativismos, pois se o artigo 142 da Constituição pudesse ser lido da forma dada por Ives Gandra a democracia dependeria dos militares e não do poder civil, estando em risco a cada decisão do STF e que bastaria uma desobediência de um dos demais Poderes.

Lenio (2020, p. s.n.) enfatiza a não permissão da intervenção militar pelo artigo 142, dizendo ainda:

Por qual razão o constituinte diria que todo poder emana de povo, com todas as garantias de sufrágio etc. e, de repente, dissesse: ah, mas as forças armadas podem intervir a qualquer momento, como uma espécie de "poder moderador".

No entendimento de Lenio Luiz Streck (2020), interpretações simplificadoras-distorcidas devem ser repudiadas em nome do princípio da unidade da Constituição Federal, e que o art. 142 deve ser lido nos termos de que as Forças Armadas, sob a autoridade suprema do Presidente da República, destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem, não sendo lógico, por exemplo, imaginar que o Poder Constituinte dissesse que todo poder emana do povo, com todas as garantias do voto, após, apontasse: "ah, mas as forças armadas podem intervir a qualquer momento, como uma espécie de "poder moderador".

Streck (2020) pauta ainda, existem vários requisitos para que as Forças Armadas possam ser usadas na segurança pública, presentes nos artigos 34, III, 136 e 137 da Constituição Federal, e que este tipo de intervenção pelas Forças Armadas já é regulamentado pela garantia da lei e da ordem.

Segue dizendo Lenio (2020) que, ademais, há sempre possibilidade de rigoroso e amplo controle legislativo e jurisdicional, bastando ler, com boa vontade, os dispositivos.

Portanto, não basta “chamar as Forças Armadas” para intervirem, como querem fazer notar Ives Gandra, Mourão e alguns outros políticos e pessoas da área jurídica, ressaltando que: “Por aqui, no reino brasileiro, temos de repetir que x é x. Por quê? Porque parte da comunidade jurídica pensa que se pode dar às palavras o sentido que bem pretender” (STRECK, 2020, p. s.n.).

Considerações finais

A título de considerações finais, pontuemos, o artigo 142, *caput*, da Constituição Federal de 1988, como vimos, tem gerado interpretações divergentes entre juristas brasileiros conceituados.

Diante de todos os aspectos observados durante este trabalho, faz-se concluir que dentro do rol de atribuições dadas pela Constituição Federal por meio desse dispositivo, não se verifica a possibilidade de uma atuação/intervenção militar no sentido de se obter um golpe de Estado.

Como sabemos, a Constituição Federal de 1988 é a Lei Maior, devendo ser respeitada, protegida e garantida. Nesse sentido, logicamente, eventual atuação das Forças Armadas deverá ocorrer em seus exatos limites, principalmente, por se tratarem de instituições do Estado, no sentido de proteger os institutos jurídicos que o alicerçam e garantem sua existência.

Sendo assim, entendemos como correta a interpretação de que o ordenamento jurídico democrático instituído pela Constituição Federal deva prevalecer, não se podendo utilizar as Forças Armadas para fins de golpe de Estado.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 abr. 2021.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 23, de 2 de setembro de 1999*. Altera os arts. 12, 52, 84, 91, 102 e 105 da Constituição Federal (criação do Ministério da Defesa). Brasília,

- DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 abr. 2021.
- BRASIL. *Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999*. Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp97.htm>. Acesso em: 6 abr. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980*. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Brasília, DF: Presidência da República, 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_sos03/Leis/L6880.htm>. Acesso em: 6 abr. 2021.
- BULOS, U. L. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CASTRO, C. O golpe de 1964 e a instauração do regime militar. *FGV CPDOC*, [entre 2011 e 2021]. Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/Golpe1964>>. Acesso em: 3 out. 2021.
- FERNANDES, B. G. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.
- GENERAL Mourão admite que, na hipótese de anarquia, pode haver 'autogolpe' do presidente com apoio das Forças Armadas. *G1*, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/09/08/general-mourao-admite-que-na-hipotese-de-anarquia-pode-haver-autogolpe-do-presidente-com-apoio-das-forcas-armadas.html>>. Acesso em: 14 mar. 2021.
- MARTINS, I. G. da S. Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes. *Revista Consultor Jurídico*, 28 de maio de 2020, 14h05. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/ives-gandra-artigo-142-constituicao-brasileira>. Acesso em: 14 mar. 2021.
- MASSON, N. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.
- QUAL o papel das Forças Armadas na democracia brasileira? *Politize*, 2021. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/forcas-armadas-e-democracia/>>. Acesso em: 28 jun. 2021.
- SILVA, F. C. S. da. Aspectos legais do emprego do exército na defesa da pátria. *Âmbito Jurídico*, 2006. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/aspectos-legais-do-emprego-do-exercito-na-defesa-da-patria/>>. Acesso em: 5 jul. 2021.
- SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- STRECK, L. L. Ives Gandra está errado: o artigo 142 não permite intervenção militar! *Revista Consultor Jurídico*, 21 mai. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/senso-incomum-ives-gandra-errado-artigo-142-nao-permite-intervencao-militar?fbclid=IwAR1y6-'ar.2021>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

O direito dos presidiários ao trabalho: um direito humano fundamental

Prisoners' right to work: a fundamental human right

Filipe Segall Tavares*

Resumo: O direito ao trabalho é um dos elementos fundamentais para garantir a dignidade do ser humano e quando uma pessoa é presa, ela não perde este direito, na verdade, de acordo com a Lei de Execuções Penais, o trabalho é tanto um direito quanto um dever daqueles que foram condenados e se encontram nos estabelecimentos prisionais. Dessa maneira se mostrará a fundamentalidade formal e material do direito ao trabalho, bem como a sua devida positivação no âmbito interno e internacional, a fim de demonstrar que muito embora esse direito basilar do ordenamento jurídico tenha uma grande importância e proteção no âmbito dogmático, na prática ele é pouco efetivado.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Direito ao trabalho; Direitos humanos; Presidiários.

Abstract: The right to work is one of the fundamental elements to guarantee the dignity of the human being and when a person is arrested, he does not lose this right, in fact, according to the Penal Execution Law, work is both a right and a duty those who have been convicted and are in prisons. In this way, the formal and material fundamentality of the right to work will be shown, as well as its due affirmation in the internal and international scope, in order to demonstrate that, although this basic right of the legal system has great importance and protection in the dogmatic scope, in the practice it is little effective.

Keywords: Fundamentals rights; Right to work; Human rights; Prisoners.

Recebido em: 3/10/2022
Aprovado em: 12/12/2022

* Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professor da Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste). Advogado. E-mail: filipesegall.advogados@gmail.com.

Introdução

Historicamente, o campo para o desenvolvimento do Direito do Trabalho surgiu no quadro social da revolução Industrial no século XVIII, e da razão iluminista, que erigia a garantia da dignidade do homem trabalhador da indústria (CAMPANA, 2000, p. 130).

O aclame por dignidade do homem trabalhador – principalmente para os proletários – advém de um contexto histórico, político e econômico marcado por uma profunda liberdade e avanço econômico, mas também acompanhado de grandes injustiças e desigualdades que deixaram marcas inapagáveis por toda a história. Neste período, imperava a ideologia liberalista, por ser a que mais correspondia os anseios e expectativas do modelo capitalista burguês que estava à frente das principais indústrias da época.

Assim, o Estado possuía um papel passivo e tímido, marcado por poucas intervenções na seara econômica, contribuindo para o funcionamento de toda a “engrenagem” capitalista. Neste cenário de liberdade econômica, e por não existir ainda uma regulamentação do Direito do Trabalho, ocorreram diversos abusos e explorações da força humana do homem pelo próprio homem, consequências advindas pelo motivo de as partes poderem pactuar livremente sobre condições, jornada e preço de trabalho.

O livre acordo entre as partes acabava por ocorrer injustamente, haja vista, ser o empregador o polo mais forte da relação contratual e o empregado o polo mais fraco e necessitado que, por esse motivo, acabava por acatar as condições impostas pela outra parte da relação. Neste contexto, a prática de trabalhos degradantes era corriqueira e extensiva, inclusive, para as mulheres e crianças.

Dentro desse contexto, as reivindicações por melhores condições de trabalho ecoavam das fábricas para toda a sociedade, o que acabou por impulsionar a formação do Constitucionalismo Social e a ideia de que:

O Estado deveria incluir direitos trabalhistas e sociais fundamentais na sua Constituição, pondo o trabalho sob sua proteção garantindo a liberdade de associação, fixando salários e condições laborais. Exemplos marcantes desse processo foram a Constituição Social Mexicana em 1917, a Declaração Russa dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918 e Constituição de Weimar em 1919. Ao final da Primeira Guerra, em 1919, foi criada a Organização Internacional do Trabalho, consagrando os Direitos fundamentais dos trabalhadores e criando uma legislação internacional do Trabalho (CAMPANA, 2000, p. 130).

A importância deste movimento constitucionalista e da criação da OIT está na universalização do Direito do Trabalho e na criação de uma medida de regulação do mercado internacional para fixar patamares mínimos inerentes à dignidade humana, o que constituiu grande avanço na esfera social.

Esclarece, Vianna (1978, p. 23), que a criação do Direito do Trabalho e o consequente avanço social, representam uma conquista da classe trabalhadora “contra o pacto original do liberalismo, impondo limites legais ao homem apetitivo”. O Direito do Trabalho surge, assim, como medida protetora do trabalhador nas relações privadas, que eram, originalmente, puramente mercantis.

Resultado de um processo de lutas históricas por melhores condições sociais e de vida, o Direito do Trabalho acabou por significar mais que uma legislação de amparo e proteção ao trabalhador.

O Direito do Trabalho assume uma dimensão maior do que a mera regulamentação das relações trabalhistas, estando intimamente ligado ao direito que o ser humano tem de possuir um trabalho, ou seja, o Direito do Trabalho acaba por se relacionar ao Direito ao Trabalho, conforme corrobora Amorim (2009, p. 84).

Positivização internacional do direito ao trabalho

No plano internacional, a positivização da valorização ao trabalho pode ser observada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948), nos incisos I, II e III do artigo 23, que preceituam:

I - Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

II - Todo o homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

III - Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentará se necessário, outros meios de proteção social.

O inciso I do referido artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos evidencia a valorização do trabalho sobre quatro aspectos. O primeiro trata-se do direito que todo homem tem de ter um trabalho. O segundo diz respeito ao direito de autonomia que tem o homem para escolher seu emprego. O terceiro trata-se da

proteção do trabalhador em seu ambiente de trabalho, ou seja, do direito que ele tem de exercer de forma justa e digna seu ofício. Por fim, o quarto aspecto diz respeito ao direito que todo homem tem de estar protegido contra o desemprego, visto que o trabalho é de suma importância para sua vida, por ser a fonte de seu sustento.

O inciso II do mesmo artigo, traz à tona a concepção da não discriminação no trabalho de forma que não possa haver diferença de remuneração entre aqueles que o exercem de maneira igual.

Num primeiro momento, a proibição de discriminação estaria restrita apenas à questão salarial. Porém, de acordo com uma interpretação teleológica é possível entender que a finalidade da norma é vedar qualquer ato discriminatório no ambiente de trabalho. Desta forma, a proibição da discriminação deve ser entendida de forma ampla, ou seja, veda-se a discriminação no tocante à remuneração, mas também no tocante a qualquer pessoa, seja ela mulher, ex- presidiário, presidiário, negro, homossexual, pessoa com deficiência ou qualquer outra.

O inciso III, por fim, ressalta o direito que todo homem tem de receber uma remuneração justa por seu trabalho, assim como de se sustentar e sustentar sua família com dignidade. Este dispositivo legal demonstra claramente a importância do trabalho para a sociedade como um meio de se alcançar condições de vida compatíveis com a dignidade humana. Isto porque se percebe que o texto busca afirmar mais do que o direito ao emprego, mas o direito ao trabalho digno, trabalho este que não prejudique a saúde do trabalhador, que lhe dê segurança, que lhe recompense com uma remuneração capaz de lhe garantir as mínimas condições de subsistência e que o reconheça - e o faça se reconhecer - como sujeito produtivo e capaz de direitos e deveres.

O direito ao trabalho e a lei de execução penal

O direito ao trabalho é um dos elementos fundamentais para garantir a dignidade do ser humano e quando uma pessoa é presa, ela não perde este direito, na verdade, de acordo com a Lei de Execuções Penais, o trabalho é tanto um direito quanto um dever daqueles que foram condenados e se encontram nos estabelecimentos prisionais.

No entanto, estas atividades não devem se assemelhar a trabalhos forçados, cruéis ou degradantes. O objetivo do trabalho destinado aos presos não é aplicar uma segunda punição àquele que já tem a liberdade cerceada, mas, pelo contrário, reabilitar e ressocializar o preso, auxiliando sua recuperação e preparando-o para a reinserção na vida em sociedade por meio do mercado de trabalho.

São alguns direitos do preso trabalhador: realização de atividades seguras e em condições de higiene; remuneração não inferior a três quartos do salário mínimo (o salário tem como finalidade reparar o dano provocado pelo crime que levou à prisão, prestar assistência à família do preso, ressarcir despesas do Estado e o restante deverá ser depositado em poupança, a qual o preso terá acesso quando em liberdade); previdência social; trabalho adequado às aptidões e capacidade de cada um (incluindo idosos e deficientes físicos); jornada de trabalho não inferior a 6 horas nem superior a 8 horas; descanso nos domingos e feriados; remissão de 1 (um) dia de pena para cada 3 (três) de trabalho.

O preso trabalhador não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e, por esta razão, não tem direito a férias, 13º salários, etc. Apesar disso, existem diversos tipos de trabalho que podem ser realizados dentro do estabelecimento prisional (trabalho interno): serviços de manutenção e conservação da instituição, com remuneração garantida pelo Estado; formação profissional oferecida por empresa pública ou fundação, que arca com a remuneração dos presos; oficinas de trabalho construídas em convênios com a iniciativa privada, que arca com a remuneração dos presos.

Para a realização de trabalhos fora do estabelecimento prisional (trabalho externo) é necessário que o preso tenha cumprido 1/6 da pena, tenha autorização da direção do estabelecimento, aptidão e bom comportamento. Apenas são admitidos trabalhos realizados em obras ou serviços públicos (ainda que prestados por empresa privada), desde que o total de presos trabalhando não seja acima de 10% do total de empregados na obra, e desde que existam proteções contra fugas e indisciplina.

O trabalho do preso como direito humano fundamental

Assim sendo, nota-se que o trabalho está intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana, por ser ele a forma que o homem tem de alcançá-la. Neste sentido, a finalidade do trabalho é a dignidade humana, pois somente por meio do trabalho é que se pode efetivar sua realização como pessoa e contribuir com o progresso dos demais integrantes do grupo social (SANTOS, 2003, p. 86-87).

Desta forma, pode-se depreender que o direito ao trabalho (digno) é direito basilar para a efetivação dos demais direitos, saúde, moradia, segurança, e previdência social. Tanto é que existem políticas públicas para auxiliar as pessoas que, por algum motivo, não têm condições de trabalhar ou as que ficaram desempregadas, como é o caso do seguro desemprego. Isso porque estas pessoas, permanente ou momentaneamente

sem trabalho encontrariam dificuldades de manter sua vida e a de suas famílias com dignidade se não tivessem tal assistência. O trabalho, conforme já foi dito anteriormente, é um meio que se tem de alcançar a dignidade e de se efetivar diversos outros direitos sociais. Nesta linha de entendimento assevera Amorim (2009, p. 89):

[...] o valor trabalho vincula-se com as demais dimensões dos direitos sociais. O trabalho permite a superação de algumas contingências sociais. Sua não superação envolve ações positivas assistenciais do Estado para ensejar uma condição de vida digna aos que não trabalham. Por outro lado, o Estado deve promover políticas que assegurem o pleno emprego e a liberdade de escolha de um trabalho digno [...]. Sendo assim, lembremo-nos que a possibilidade de um seguro-desemprego reconhece a impossibilidade fática em não se garantir um posto de trabalho para todos os cidadãos. Ademais, o trabalho também auxilia no sustento das políticas de seguridade social. Assim, o valor trabalho permeia toda a estrutura da Constituição Cidadã', recaindo sobre o princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, o direito ao trabalho (digno) é entendido como um direito primário, principalmente por ser através dele que a pessoa realiza suas necessidades vitais básicas e produz seu próprio sustento. No plano interno, a valorização ao trabalho digno irradia todo o nosso ordenamento jurídico, mas isso pode ser observado, principalmente na Carta Magna de 1988.

No Preâmbulo constitucional, pode-se verificar, implicitamente, a valorização do trabalho no trecho em que se assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, o bem-estar, a igualdade e a justiça, dentre outros, como valores supremos de uma sociedade fraterna, tendo em vista que o trabalho é um direito social.

No Título I ("Dos Princípios Fundamentais") da referida constituição, a valorização do trabalho pode ser vista de forma explícita no artigo 1º como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ao lado da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa e do pluralismo político, o que só vem a ressaltar a sua importância para o ordenamento jurídico brasileiro.

No mesmo título, em seu art. 3º, verificam-se os objetivos fundamentais da República quais sejam: I) construir uma sociedade livre, justa e solidária; II) garantir o desenvolvimento nacional; III) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Neste sentido, pode-se dizer que a valorização do trabalho também está aí presente, mesmo que de forma implícita, por ser o trabalho uma das vias que possibilitam o alcance dos objetivos fundamentais então enunciados.

No Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”), o direito ao trabalho aparece ainda como um direito social e também como uma diretriz para o desenvolvimento de políticas públicas das cidades e propriedades urbanas, conforme pode ser visto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 (CF/88):

Art. 6º - São Direitos sociais a educação, a saúde, 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 (grifo nosso).

Leite (1997, p. 22-25) aponta para uma classificação dos direitos sociais, preceituando haver direitos sociais pertinentes ao trabalho, ao meio ambiente, à seguridade e à família, por exemplo. Os direitos sociais representariam assim, uma dimensão dos direitos fundamentais, sendo prestações positivas enunciadas em normas constitucionais.

Sob o aspecto formal, pode-se defender a fundamentalidade do direito ao trabalho do preso enquanto um direito social, principalmente pelo fato do poder constituinte originário ter positivado no artigo 6º da Constituição Federal uma grande parte dos direitos humanos, os quais estão não por acaso, no Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Já a fundamentalidade material do direito ao trabalho do preso, reforça-se pelo fato de os direitos sociais serem normas que possuem como núcleo a dignidade da pessoa humana.

Nesta linha de entendimento, Mamerlstein (2008, p. 174) assevera que:

[...] os direitos sociais são, à luz do direito positivo-constitucional brasileiro, verdadeiros direitos fundamentais, tanto em sentido formal (pois estão na Constituição e têm status de norma constitucional) quanto em sentido material (pois são valores intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana)

O princípio da dignidade da pessoa humana positivado na carta magna é fundamento para os direitos sociais, pois o mesmo representa o valor supremo de toda ordem jurídica. Ao mesmo tempo, é também o princípio da dignidade humana finalidade dos direitos sociais, visto que o pleno exercício de tais direitos possibilita a efetivação da existência digna do homem.

Neste contexto, Mateus (2008, p. 58) vem confirmar a fundamentalidade material dos direitos sociais ao considerar que o princípio da dignidade da pessoa humana

enquanto fundamento da república preceitua que “não é crível admitir-se, com algum grau de fidelidade aos ditames constitucionais brasileiros, que os direitos sociais não sejam também materialmente fundamentais”.

A incidência da valorização do trabalho pode ser observada também na “Ordem Econômica e Financeira” (Título VII), com seus “Princípios Gerais da Atividade Econômica”. No artigo 170, está positivado que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, assegurando a todas as pessoas uma existência mais digna, conforme os ditames da justiça e sempre observando alguns princípios básicos, dentre esses, no inciso VIII, está o princípio do pleno emprego.

Dessa forma, importante pontuar que a Constituição elegeu o pleno emprego como um dos princípios que deve nortear toda a hermenêutica constitucional, o que mostra mais uma vez a importância que a referida Carta Constitucional deu ao Trabalho, seja ele para as pessoas que se encontram em liberdade ou cativas.

Ademais, além de princípio, o direito ao trabalho é também um fundamento. Podemos extrair tal entendimento do título VIII - “Da Ordem Social” - que preceitua que a ordem social tem como base o primado do trabalho. Neste sentido, o trabalho se traduz em princípio, fundamento, valor e direito social (DELGADO, 2006, p. 23-26).

Dessa forma, o que ocorre é que existe uma relação emaranhada entre os direitos, sociais com os fundamentos, valores e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito. Podendo o Direito ao trabalho ser categorizado em todas essas classificações de uma vez só.

Além do mais o Direito ao trabalho está positivado tanto no plano interno como no plano internacional, motivo este que, devido a sua abrangência defendemos a utilização da terminologia Direito Humano fundamental ao trabalho.

Tal terminologia seria a junção das terminologias “Direitos Fundamentais” e “Direitos Humanos”. Para os autores que fazem essa distinção terminológica, como por exemplo, Sarlet (2006, p. 35-37), asseveram que os direitos fundamentais seriam aqueles reconhecidos e positivados internamente no ordenamento jurídico de um determinado Estado. Já os direitos humanos, seriam aqueles positivados nos documentos internacionais, assumindo um caráter universal e atemporal para todos os povos.

Dessa maneira, como o Direito ao trabalho se encaixa tanto na primeira como na segunda terminologia, em vão é tentar enquadrar o Direito ao trabalho em apenas uma classificação, o que reduziria a sua dimensão significativa e terminológica, daí falar-se em Direito Humano Fundamental.

Além disso, no Título II – “Dos Direitos Fundamentais” - da Constituição Federal de 1988, está positivado a maioria dos direitos humanos, especialmente pela redação dos §§ 2º e 3º do artigo 5º, razão pela qual não haveria motivo para distinguir, no plano

interno, os direitos fundamentais e os direitos humanos. No mesmo sentido o artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal de 1988 vem confirmar tal entendimento, ao dizer que o Brasil no plano internacional, deverá adotar o princípio da prevalência dos direitos humanos. Isso porque, se a Carta Magna determina que tal princípio deva ser aplicado no plano internacional, deve ele também ser aplicado no plano interno, sob o risco de o ordenamento jurídico ser incoerente (LEITE, 2010, p. 34).

Dessa maneira, o Direito ao trabalho é um direito humano fundamental, por estar positivado no plano internacional, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como um Direito Fundamental, por estar positivado internamente na Constituição Brasileira.

Conclusão

Portanto, o direito social ao trabalho, considerado como um direito humano fundamental foi concebido como um instrumento destinado à "efetiva redução e/ou supressão de desigualdades, segundo a regra de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade" (MENDES, 2008, p. 710).

Assim sendo, o direito humano fundamental ao trabalho possui o condão de possibilitar aos seres humanos uma melhor qualidade de vida e um nível razoável de dignidade, sendo este direito de todos, inclusive das que se encontram presas.

Quando analisamos o direito ao trabalho como direito indispensável para a concretização de outros direitos e princípios humanos como o da dignidade da pessoa humana, isso nos ajuda a compreender como é importante sua efetivação no campo prático, principalmente para determinados grupos sociais – como o dos presidiários – que além das dificuldades naturais que encontram advindas do cárcere, esbarram diariamente no preconceito social.

Mesmo assim, com relação aos presidiários, observa-se na prática, uma insatisfatória inserção desse grupo no mercado de trabalho, mesmo o trabalho sendo protegido e considerado pelo ordenamento jurídico como um Direito humano Fundamental.

Dessa maneira, mais do que o simples acesso a um posto de trabalho, é necessário que se possa garantir a estas pessoas, condições iguais de ingresso no trabalho, permanência e remuneração efetivando o direito fundamental ao trabalho, Direito tão protegido pelo ordenamento jurídico, tão fundamental e tão pouco exercido na prática. Para que assim, seja coibido qualquer ato discriminatório para a efetivação da dignidade e da igualdade substancial dessas pessoas.

Referências

- AMORIM, I. G. Cidadania e Direito ao Trabalho. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 4, p. 79-96, 2009.
- GARLAND, D. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renavan, 2008.
- LEITE, C. H. B. *Direito e processo do trabalho na perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- LEITE, C. H. B. *Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
- MARMELSTEIN, G. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MATEUS, C. G. *Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.
- MENDES, E. G. Perspectivas para a construção da escola inclusiva no Brasil. In: PALHARES, M. S.; MARTINS, S. C. (org.) *Escola Inclusiva*. São Carlos: EdUFSCar, 2002.
- SANTOS, B. de S. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.
- SARLET, I. W. (org.). *Dimensões da dignidade*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.
- VIANNA, L. W. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

Aspectos atuais do poder do estado em tributar

Current aspects of state power in tributary

Henrique Avelino Lana*

Resumo: As sanções políticas são restrições ou proibições impostas pelo Estado ao contribuinte, a fim de, indiretamente, força-lo a pagar algum tributo, assegurando a efetividade de obrigações tributárias. Ou seja, o Estado, abusando do seu poder de polícia e das demais prerrogativas que lhe são exclusivas, se vale de outros meios, diferentes dos previstos na Lei 6.830/80, para realizar a cobrança de tributos. Assim, esta pesquisa tem o objetivo de demonstrar se após trinta anos de vigência da CRFB/88, as sanções políticas ainda são usadas pelo Estado, bem como se tal prática é inconstitucional. Para alcançar o objetivo almejado, foi feito um estudo na doutrina pátria e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do tema. A metodologia a ser utilizada é a da finalidade de pesquisa aplicada, com pesquisa exploratória, em abordagem qualitativa, por método indutivo, mediante pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, toda ela especializada sobre o tema. Ao final, concluiu-se que as sanções políticas são inconstitucionais, tendo em vista que violam direitos e princípios previstos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Tributário; Crédito Tributário; Sanções políticas.

Abstract: Political sanctions are restrictions or prohibitions imposed by the State on the taxpayer in order to indirectly force him to pay some tax, ensuring the effectiveness of tax obligations. That is, the State, abusing its police power and other exclusive prerogatives, uses other means, different from those provided for in Law 6.830 / 80, to perform the collection of taxes. Thus, this research has the objective of demonstrating that after thirty years of validity of the CRFB / 88, political sanctions are still used by the State, as well as if such practice is unconstitutional. In order to reach the desired goal, a study was made in the homeland doctrine and in the jurisprudence of the Federal Supreme Court on the subject. The methodology to be used is that of the purpose of applied research, with exploratory research, in qualitative approach, by inductive method, through bibliographical research and jurisprudential, all of it specialized on the subject. In the end, it was concluded that political sanctions are unconstitutional, since they violate the rights and principles established in the Constitution of the Federative Republic of Brazil.

Keywords: Tax; Tax credit; Political sanctions.

Recebido em: 11/7/2022
Aprovado em: 24/8/2022

* Possui pós-doutorado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Doutor, mestre, especialista e graduado em direito pela PUC Minas. Professor de graduação na PUC Minas e no Centro Universitário UNA. Professor na Pós-Graduação da PUC MINAS, Pós-Graduação em Direito do Centro de Estudos em Direito Internacional (CEDIN), na Faculdade Estácio de Sá em BH/MG, na Universidade de Vila Velha/ES e na Faculdade de Ciências Jurídicas (FEVALE). Advogado militante, sócio do escritório MP&AL - Moreira do Patrocínio & Avelino Lana Advogados. E-mail: henrique@mpaladvogados.com.br.

Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil foi publicada em 05 de outubro de 1988, trazendo, em seu artigo 5º, um rol de direitos fundamentais, cuja proteção é imprescindível. Além destes, ao longo desta Constituição, há inúmeros outros direitos que também estão constitucionalmente resguardados. Desde a sua publicação, passaram-se trinta anos, isto é, já fazem trinta anos que a Constituição da República de 1988 está em vigor.

Durante estes trinta anos, a sociedade evoluiu. Todavia, os direitos previstos na Constituição permanecem assegurados, evitando, assim, que as pessoas sejam atingidas por eventuais abusos que possam ser praticados pela Administração Pública.

Nesta senda, conforme resultado de uma pesquisa realizada em 2014, o Brasil possui uma das maiores cargas tributárias da América Latina. Desta forma, a tributação é uma enorme fonte de arrecadação do Estado, já que constitui cerca de 35% do PIB brasileiro.¹

Assim, como o pagamento de tributos é uma das maiores formas de arrecadação que o Estado possui, é normal que este faça de tudo para recebê-los. Porém, a Administração Pública instituiu algumas formas indiretas, não previstas em lei, para a obtenção do pagamento de tributos por parte do contribuinte, ou daquele que esteja obrigado por lei a realizar o pagamento do tributo.

Essas formas indiretas são as chamadas “sanções políticas”, que são restrições ou proibições impostas pelo Estado ao contribuinte, a fim de, indiretamente, força-lo a pagar algum tributo, assegurando a efetividade das obrigações tributárias.

Assim, a presente pesquisa tem como objetivo realizar um estudo acerca da utilização das sanções políticas pelo Estado durante os trinta anos de vigência da Constituição da República de 1988, bem como demonstrar se tal conduta é contrária, ou não, à Constituição, analisando, ainda, qual é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e da doutrina acerca do tema.

Para tanto, isto é, para alcançar o objetivo principal desta pesquisa, será feito um breve estudo acerca do tributo e das suas características, passando pela hipótese de incidência tributária e fato gerador do tributo. Após, será explicada a obrigação tributária e o crédito tributário, bem como esclarecer a partir de quando o pagamento do crédito tributário poderá ser exigido pelo Fisco e como a Administração Tributária poderá cobrar o tributo.

¹ BRASIL. Ministério da Fazenda. *Carga Tributária no Brasil – 2014: Análise por Tributos e Bases de Incidência*. Disponível em: <<https://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/29-10-2015-carga-tributaria-2014>>. Acesso em 09 nov. 2017.

Portanto, pode-se dizer que este tema possui grande relevância para o mundo jurídico, pois como será demonstrado, o Estado continua se valendo de formas coercitivas e abusivas para realizar a cobrança de tributos, embora tenha um procedimento próprio para que a Administração Pública realize a cobrança de tributos da maneira adequada.

Breves ponderações acerca do tributo, da obrigação tributária e do crédito tributário

Hipótese de incidência e fato gerador

De acordo com o art. 3º do CTN, para se caracterizar um tributo, é necessário (i) ser prestação pecuniária, ou seja, ser uma obrigação de pagar dinheiro aos cofres públicos; (ii) ter compulsoriedade, obrigatoriedade, não havendo liberdade contratual em querer pagar ou não; (iii) que não constitua sanção, pois o tributo não é multa, já que surge de algo lícito; (iv) ser instituído em lei, pois somente a lei, após todo o processo legislativo, pode instituir o tributo (princípio da legalidade tributária) e; (v) cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada, ou seja, a cobrança do tributo é um ato administrativo vinculado.

Cada ente federativo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), no limite da competência outorgada pela CR/88, irá instituir o tributo, mediante lei, ou seja, os entes federativos exercerão a competência tributária conforme dita o processo legislativo.

Nesta senda, a lei editada pelo poder legislativo para criar e instituir determinado tributo (norma tributária), em regra, deverá estabelecer o marco de incidência do tributo, ou seja, trazer determinada hipótese, hipótese esta que terá a descrição de um fato em abstrato que, quando este fato for praticado no mundo real, nascerá uma relação jurídica tributária.

Esta hipótese é denominada hipótese de incidência tributária, que nada mais é do que a descrição em abstrato de determinado fato que, quando constatada sua ocorrência no mundo real, nascerá uma obrigação tributária (FONTES, 2013, p. 124). Neste diapasão, conforme a explicação de Geraldo Ataliba, a hipótese de incidência é:

[...] a descrição legal de um fato: é a formulação hipotética, prévia e genérica, contida na lei, de um fato (é o espelho do fato, a imagem conceitual de um fato; é seu desenho). É, portanto, mero conceito, necessariamente abstrato. É formulado pelo legislador fazendo abstração de qualquer fato concreto. Por isso é mera 'previsão legal (a lei é, por definição, abstrata, impessoal e geral) (ATALIBA, 2000, p. 58).

Assim, uma vez ocorrida a hipótese de incidência, ou seja, se no mundo real, ocorrer a prática do fato previsto na lei em abstrato, ocorrerá o chamado fato gerador (também chamado de fato impositivo) do tributo, que se caracteriza pela ocorrência da hipótese de incidência no mundo real, ou seja, há a subsunção do fato à norma, que ocorre quando o contribuinte pratica o ato descrito na lei em abstrato (ATALIBA, 2000, p. 68).

Destarte, segundo Geraldo Ataliba (2000, p. 68), o fato impositivo (ou fato gerador) é o fato concreto acontecido no universo fenomênico, que dá nascimento à obrigação tributária, por corresponder à descrição prevista na hipótese de incidência. De acordo com o autor:

A lei (h.i.) descreve hipoteticamente certos fatos, estabelecendo a consistência de sua materialidade. Ocorridos concretamente estes fatos *hic et nunc*, com a consistência prevista na lei e revestindo a forma prefigurada idealmente na imagem legislativa abstrata, reconhece-se que desses fatos nascem obrigações tributárias concretas. A esses fatos, a cada qual, designamos fato impositivo (ATALIBA, 2000, p. 68).

Desta forma, pode-se afirmar que “o fato gerador é a própria situação que, ocorrida, atrai a incidência da norma” (PAUSEN, 2017, p. 199). O fato gerador está previsto nos artigos 114 e 115 do Código Tributário Nacional, sendo que o art. 114² trata do fato gerador da obrigação principal, que é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Em contrapartida, o art. 115³ do mesmo Código trata do fato gerador da obrigação acessória, que é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

O fato gerador da obrigação acessória ocorre por exclusão, quer dizer que toda situação que dê origem a um dever que não tenha por objeto uma prestação pecuniária (tributo ou penalidade), será o fato gerador da obrigação acessória (AMARO, 2010, p. 283).

Note-se que o CTN, em alguns dispositivos, utiliza a expressão “fato gerador” para se referir tanto à circunstância abstrata⁴, definida pelo legislador (hipótese de

² Art. 114, CTN. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

³ Art. 115, CTN. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

⁴ Exemplo de situação em que o CTN trata a hipótese de incidência por fato gerador está no art. 19 do CTN, que assim dispõe: “Art. 19. O imposto, de competência da União, sobre a importação de produtos estrangeiros tem como fato gerador a entrada destes no território nacional” (PAUSEN, 2017, p. 199).

incidência), quanto a cada um dos fatos concretos que correspondem àquela hipótese (fato imponível) (SHOUEIRI, 2014, p. 498).

Porém, “hipótese de incidência” não é sinônimo de “fato gerador”, pois a hipótese de incidência é a descrição legal de um fato, isto é, descrição da hipótese em que um tributo é devido, enquanto o fato gerador é o acontecimento do fato descrito na hipótese de incidência (MACHADO, 2014, p. 130).

Nas palavras de Hugo de Brito Machado (2014, p. 131):

A expressão “hipótese de incidência” designa com maior propriedade a descrição, contida na lei, da situação necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária, enquanto a expressão “fato gerador” diz da ocorrência, no mundo dos fatos, daquilo que está descrito na lei. A *hipótese* é simples descrição, é simples previsão, enquanto o *fato* é a concretização da hipótese, é o acontecimento do que fora previsto.

Portanto, praticado no mundo concreto o fato previsto na lei (hipótese de incidência), ocorrerá o fato gerador e, uma vez ocorrido o fato gerador, nascerá a obrigação tributária do contribuinte pagar o tributo.

Obrigação tributária e crédito tributário

Após o contribuinte praticar o fato gerador do tributo previsto na lei em abstrato, nascerá uma obrigação tributária, que pode ser definida como a relação jurídica que faz nascer o dever de alguém e o direito do Estado (MACHADO, 2014, p. 124).

Esta obrigação tributária é composta pelo sujeito ativo que, na forma do artigo 119 do CTN⁵, é a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento. Conforme Leandro Pausen (2017, p. 206):

O sujeito ativo da relação tributária é o credor da obrigação, tendo as prerrogativas de editar normas complementares necessárias à fiscalização e à cobrança, exercer a fiscalização, constituir o crédito tributário mediante lançamento, inscrevê-lo em dívida ativa e exigir o seu pagamento, se necessário, mediante o ajuizamento de execução fiscal.

⁵ Art. 119, CTN. Sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento.

Além do sujeito ativo, a obrigação tributária também é composta pelo sujeito passivo, que conforme artigo 121 do CTN⁶ é a pessoa obrigada ao pagamento do tributo ou penalidade pecuniária, podendo se caracterizar pela figura do contribuinte (art. 121, p. único, inciso I do CTN) ou do responsável (art. 121, p. único, inciso II do CTN).

Importante destacar que o artigo 113 do CTN preleciona que a obrigação tributária pode ser principal ou acessória, sendo que a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, e tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente (art. 113, §1º, CTN). Ou seja, o sujeito passivo tem o dever de pagar pecúnia ao sujeito ativo, após a ocorrência do fato gerador.

A obrigação principal será sempre uma relação patrimonial, ou seja, será sempre uma obrigação de dar, tendo em vista que a obrigação principal “consiste em levar dinheiro aos cofres públicos, para pagamento do tributo ou penalidade pecuniária concretamente aplicada” (ICHIHARA, 2005, p. 122).

Em contrapartida, a obrigação acessória, de acordo com o art. 113, §2º, do CTN, tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos, ou seja, a obrigação acessória será sempre uma relação não patrimonial, uma obrigação de fazer, será “a prestação positiva ou negativa, que denota atos ‘de fazer’ ou ‘não fazer’, despidos do timbre de patrimonialidade” (SABBAG, 2017, p. 782).

Desta forma, as obrigações acessórias terão como conteúdo, por exemplo, a elaboração e guarda de livros fiscais, a emissão de documentos fiscais, etc. (PAUSEN, 2017, p. 195).

Quanto às obrigações tributárias, Luciano Amaro (2010, p. 282) aduz que:

As obrigações tributárias (gênero com o qual o diploma pretendeu abranger todos os deveres legais dos destinatários das normas tributárias, até mesmo o dever de satisfazer a exigência de multa por infração à lei!) foram segregadas nos dois referidos grupos: a) principais, compreendendo os deveres legais que tenham por objeto o pagamento de tributo (prestação pecuniária de natureza não sancionatória) e o pagamento de penalidade pecuniária (que, como se sabe, é sanção e não tributo); e b) acessórias, que abrangem os demais deveres estabelecidos nas leis tributárias, que não tenham conteúdo pecuniário.

⁶ Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Assim, a diferença entre a obrigação principal e a obrigação acessória reside no fato de que a primeira tem como objetivo dar dinheiro ao Estado, enquanto a segunda tem como objetivo um fazer ou não fazer alguma coisa, sem caráter patrimonial (BALEIRO, 2013, p. 1084).

A obrigação acessória, quando não observada, faz nascer uma obrigação principal relativamente à atividade pecuniária (art. 113, §3º, CTN). Veja-se, o inadimplemento de uma obrigação acessória não a converte em obrigação principal, mas sim faz nascer para o Fisco o direito de constituir um crédito tributário contra o inadimplente, cujo conteúdo é a penalidade pecuniária, ou seja, a multa (MACHADO, 2014, p. 126).

Porém, o simples fato de existir uma obrigação tributária não dá ao Estado o direito de exigir o pagamento do tributo. Isto, pois a obrigação tributária é ilíquida e inexigível. Neste sentido, Hugo de Brito Machado (2014, p. 125) aduz que:

Na obrigação tributária existe o dever do sujeito passivo de pagar o tributo, ou a penalidade pecuniária (obrigação principal) ou, ainda, de fazer, de não fazer ou de tolerar tudo aquilo que a legislação tributária estabelece no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. Essas prestações, todavia, não são desde logo exigíveis pelo sujeito ativo. Tem este apenas o direito de fazer contra o sujeito passivo um lançamento, criando, assim, um crédito. O crédito – este, sim – é exigível. Entendida a palavra “exigível” no sentido de que o crédito pode ser cobrado judicialmente, posto que pode ser inscrito em Dívida Ativa, e a certidão dessa inscrição é título executivo extrajudicial.

Destarte, para que o Estado possa exigir o pagamento do tributo, é preciso constituir (formalizar) um crédito a seu favor. A este crédito, dá-se o nome de crédito tributário. Hugo de Brito Machado (2014, p. 176), ao interpretar a definição de crédito tributário, aduz que o crédito tributário é o vínculo jurídico obrigacional, por meio do qual o Estado, na condição de sujeito ativo, pode exigir do sujeito passivo, o pagamento do tributo.

Conforme dispõe o artigo 139 do CTN, “o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta”. Destarte, o crédito tributário é constituído pelo lançamento, que conforme o artigo 142 do CTN,⁷ consistente em um procedimento administrativo de liquidação da obrigação tributária, que após verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determina a matéria tributável, calcula

⁷ Art. 142, CTN. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

o montante do tributo devido, identifica o sujeito passivo, podendo, ainda, propor a aplicação da penalidade cabível.

Ao interpretar o art. 142 do CTN, Eduardo Sabbag (2017, p. 867) menciona quais são as funções do lançamento:

1. Verificar a ocorrência do fato gerador: a ocorrência do fato imponible, como fato da vida real, descrito na norma, enseja o nascimento da obrigação tributária. Havendo a constituição do liame obrigacional, é possível se falar em quantificação e qualificação da obrigação tributária, por meio do lançamento;
2. Determinar a matéria tributável: visa reproduzir o espectro material de incidência, ou seja, ater-se ao elemento nuclear do tributo exigível. Com o lançamento, permite-se a aferição do *andebeatur* (o "se devido"). [...] Cabe ao lançamento externar tal núcleo tributável de incidência;
3. Calcular o montante do tributo devido: permite-se a aferição do *quantumdebeatur* (o "quanto devido"). Assim, o lançamento torna o crédito tributário, antes inexigível e ilíquido, em crédito exigível e líquido. A liquidez, como é cediço, é atributo daquilo que se define, com precisão, quanto à extensão e limites;
4. Identificar o sujeito passivo: o lançamento tem o condão de demarcar, concretamente, a sujeição passiva, definida, normativamente e abstratamente, na lei tributária, no bojo da estrita legalidade (art.97, III, CTN);
5. Propor, se for o caso, a aplicação da penalidade cabível: é o veículo hábil à exigibilidade das sanções cobradas em virtude do descumprimento da obrigação tributária. Nessa medida, o lançamento particulariza, concretamente, a exigibilidade da multa, definida, normativa, restritiva e abstratamente, na lei tributária (art. 97, V, CTN).

Neste sentido, o lançamento é o instrumento que confere exigibilidade à obrigação tributária, quantificando-a e qualificando-a. Ou seja, à obrigação tributária, que é ilíquida e inexigível, deve-se atribuir certeza e liquidez, que se dão pela atuação do Fisco, por intermédio do lançamento (SABBAG, 2017, p. 865).

Ainda nas palavras do autor:

O lançamento, por sua vez, trazendo certeza e liquidez à relação jurídica tributária, é o instrumento capaz de conferir ao Fisco a percepção do importe tributário a que tem direito, em face da ocorrência do fato gerador que o antecede. Com ele, o sujeito ativo fica habilitado a exercer o ato de cobrança, quer administrativa, em um primeiro momento, quer judicial, caso aquela se mostre malsucedida (SABBAG, 2014, p. 790).

Assim, após a constituição do crédito tributário pelo lançamento, o sujeito passivo será notificado para realizar o pagamento do valor devido no prazo legal, apresentar defesa (impugnação) ou não fazer nada.

Caso o sujeito passivo apresente defesa à cobrança e a decisão administrativa seja desfavorável, ou ainda, não pagando e nem apresentando defesa, ocorrerá a constituição definitiva do crédito tributário e este deverá ser inscrito em dívida ativa, ocasião em que será extraída uma certidão de dívida ativa (CDA). De posse da CDA, que tem natureza de prova pré-constituída da existência do crédito, a Fazenda poderá ingressar com Ação de Execução Fiscal contra o devedor (NUNES, 2010, p. 447).

Conforme Eduardo Sabbag (2017, p. 1059):

Segundo o art. 201 do CTN, o crédito tributário, quando não pago na órbita administrativa às repartições arrecadadoras, dentro do prazo legal ou, ainda, quando resulte de uma decisão administrativa ou judicial do qual ele advenha, converter-se-á em dívida ativa tributária da Fazenda Pública, pelo procedimento intitulado "inscrição" nos livros da repartição competente para tal intento [...].

Ao inscrever o crédito em dívida ativa, além de trazer exequibilidade à relação jurídico tributária, será emitida uma Certidão de Dívida Ativa (CDA), que é um título executivo extrajudicial, conforme artigo 784, IX do Código de Processo Civil.⁸

Assim, com a CDA, o Estado criará o cenário hábil para a cobrança do crédito tributário na via judicial, através de Ação de Execução Fiscal, na forma prevista na Lei 6.830/80, a chamada Lei de Execução Fiscal (SABBAG, 2017, p. 1060).

Ou seja, a inscrição do crédito tributário em dívida ativa cria o título líquido e certo, ao passo que a certidão de inscrição em dívida ativa o documenta para entrada da Fazenda em juízo (BALEEIRO, 2013, p. 1480).

Portanto, apenas após a constituição definitiva do crédito tributário e a sua devida inscrição em dívida ativa, o Estado poderá exigir o pagamento do crédito tributário na esfera judicial, por intermédio da Ação de Execução Fiscal, tendo em vista que haverá um título executivo que poderá ser executado.

⁸ Art. 784 CPC. São títulos executivos extrajudiciais: [...] IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei.

As sanções políticas no direito tributário

Uma vez constituído o crédito tributário e emitida a CDA, o Fisco deve realizar a sua cobrança na via judicial. Neste caso, após a constituição definitiva do crédito tributário, munido da CDA, o Estado deve seguir um rito especial previsto na Lei 6.830/80, denominada Lei de Execução Fiscal, que traz o método adequado para a execução judicial do crédito tributário, por intermédio da Ação de Execução Fiscal (PAUSEN, 2017, p. 463).⁹

Isto pois, ao Fisco, não é dado o poder de proceder à execução administrativa do crédito tributário. Ou seja, não tem prerrogativa de efetuar, por ato próprio, a constrição do patrimônio do devedor, não podendo realizar diretamente o bloqueio ou a indisponibilidade de bens, tampouco atos expropriatórios (PAUSEN, 2017, p. 463).

Porém, não raro, o Fisco deixa de utilizar a Ação de Execução Fiscal prevista na Lei 6.830/80 para cobrar o crédito tributário, valendo-se das chamadas “sanções políticas” para compelir o sujeito passivo a realizar o pagamento do tributo.

Neste diapasão, conforme Hugo de Brito Machado (2014, p. 511), as sanções políticas são restrições ou proibições impostas aos direitos do contribuinte, como forma oblíqua de obrigá-lo ao pagamento do tributo.

Ou seja, as sanções políticas são formas coercitivas e indiretas que o Estado utiliza para compelir o contribuinte a pagar tributos. De acordo com Gabriele Sant’Anna Oliveira Brum (2014), as sanções políticas:

Constituem-se em hipóteses de restrição de liberdade – notadamente ao livre exercício da atividade econômica ou profissional lícita – que o Estado impõe, de forma oblíqua, aos contribuintes, para induzi-los ou coagi-los à satisfação de um débito tributário ou ao cumprimento de uma obrigação tributária acessória.

Florence Haret (2015, p. 334-346) entende que sanções políticas são “as diferentes formas de meio coercitivo de cobrar tributo usado pelo Fisco, alheias à técnica do lançamento”. E complementa, ao dizer que “toda atuação do Estado em que o contribuinte encontrar-se-ia coagido a quitar a pendência sem poder questionar o passivo configura sanção política”.

⁹ A Ação de Execução Fiscal é a ação judicial que dispõe a Fazenda Pública da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (e suas autarquias) para a cobrança de seus créditos (tributários ou não) inscritos em dívida ativa (cadastro), regulada pela Lei n. 6.830/1990 (LEF – Lei de Execução Fiscal) e subsidiariamente pelo CPC – Código de Processo Civil. Tem por escopo expropriar o contribuinte de seu patrimônio, a fim de que seja satisfeita a pretensão fiscal (pagamento do crédito) (FONTES, 2013, p. 202).

Lopes e Magalhães (2015, p. 286) prelecionam que as sanções políticas podem ser definidas como uma coação que o Estado exerce sobre o contribuinte para forçá-lo a adimplir a obrigação tributária. Vejamos:

Em suma, sob a ótica do Direito Tributário Sancionador podemos definir as sanções políticas como uma coação que o Estado exerce sobre o contribuinte para forçá-lo a adimplir com sua obrigação tributária, mediante a utilização de meios, a priori, impróprios, ilegais e inconstitucionais para a cobrança do tributo (LOPES; MAGALHÃES, 2015, p. 286).

Destarte, as sanções políticas violam diversos direitos e princípios constitucionais previstos no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como adiante será demonstrado. Porém, mesmo violando direitos dos contribuintes, durante os trinta anos de vigência da CRFB/88 as sanções políticas foram e continuam sendo praticadas pelo Estado, geralmente por puro comodismo das autoridades da Administração Tributária, que encontram nas sanções políticas um meio mais fácil de fazer a cobrança de tributos (MACHADO, 2014, p. 512).

Isto, pois, dia após dia, a Administração Pública pratica formas de sanções políticas na fiscalização tributária, tais como a apreensão de mercadorias, a interdição de estabelecimento comercial, a recusa de autorização para imprimir notas fiscais, a indisponibilidade injustificada de bens, dentre outras.

De acordo com Hugo de Brito Machado Segundo (2012, p. 352), embora as autoridades que integram o Fisco tenham conhecimento da invalidade das sanções políticas e do posicionamento do STF acerca destas, as sanções políticas são comumente praticadas pelas autoridades. Além disso, frequentemente, a prática das sanções políticas não é documentada, no intuito de dificultar o acesso do contribuinte ao Judiciário.

Desta forma, Hugo de Brito Machado cita diversos exemplos de sanções políticas que, não raro, são utilizadas pelo fisco. Vejamos:

São exemplos mais comuns de sanções políticas a apreensão de mercadorias sem que a presença física destas seja necessária para a comprovação do que o fisco aponta como ilícito; o denominado regime especial de fiscalização, a recusa de autorização para imprimir notas fiscais, a inscrição em cadastro de inadimplentes com as restrições daí decorrentes, a recusa de certidão negativa de débito quando não existe lançamento consumado contra o contribuinte, a suspensão e até

o cancelamento da inscrição do contribuinte no respectivo cadastro, entre muitos outros.¹⁰

Referidas sanções, na maioria das vezes, não estão positivadas na legislação, sendo que as restrições a direitos dos contribuintes decorrem de simples atos administrativos discricionários por parte da Administração Pública.

Sendo assim, as sanções políticas são formas indiretas e coercitivas utilizadas pelo Estado para compelir o contribuinte a adimplir a obrigação tributária. São restrições ao exercício da atividade econômica lícita imposta pelo Estado ao contribuinte, no intuito de, indiretamente, forçá-lo a adimplir o crédito tributário.

A inconstitucionalidade das sanções políticas no direito tributário: Violação a direitos constitucionais

Conforme foi acima mencionado, o Estado, no intuito de arrecadar dinheiro aos cofres públicos, não raro utiliza sanções políticas para forçar o contribuinte a pagar o crédito tributário que, muitas vezes, é indevido. Assim, o contribuinte, inúmeras vezes, possui suas mercadorias apreendidas, tem seu estabelecimento comercial fechado, não consegue expedir uma certidão positiva, dentre outras formas de coerção estatal, apenas por estar inadimplente com suas obrigações fiscais. Porém, as sanções políticas violam direitos e garantias constitucionais do contribuinte, conforme abaixo será demonstrado.

Devido processo legal

As sanções políticas violam o direito do contribuinte ao devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República, que dispõe que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (MACHADO SEGUNDO, 2012, p. 351).

Este direito fundamental é de suma importância para a efetividade do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que obriga o Estado a observar as normas processuais para que possa privar alguém dos seus bens Jurídicos (NUNES, 2010, p. 446).

Neste diapasão, com as sanções políticas, o contribuinte ficará impossibilitado de impugnar o crédito tributário, ou seja, não poderá oferecer impugnação na esfera administrativa ou opor embargos à execução fiscal, não restando outra opção ao

¹⁰ MACHADO, H. de B. *Sanções Políticas no Direito Tributário*. Disponível em <<http://www.hugomachado.adv.br/>>. Acesso em 05 abr. 2017.

contribuinte, senão pagar o crédito tributário. Neste sentido, Hugo de Brito Machado Segundo (2012, p. 351) aduz que:

[...] efetuado um lançamento equivocado, o contribuinte pode oferecer impugnação administrativa, que suspende a exigibilidade do crédito tributário. Caso não haja êxito na esfera administrativa, ou não tenha sido exercida a opção pela sua utilização, o contribuinte pode, uma vez executado, oferecer bens à penhora, e discutir, em sede de embargos, a validade do lançamento correspondente. Essa é a maneira válida de constituição e cobrança de um crédito tributário, porque assegura o exercício das faculdades decorrentes do devido processo legal. Com a aplicação das sanções políticas, o contribuinte é colocado diante da opção de pagar incondicionalmente o crédito – sem discuti-lo – ou ver ceifado o seu direito ao livre exercício de uma atividade profissional ou econômica.

Portanto, pode-se afirmar que as sanções políticas violam o direito ao devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da CRFB/88.

Contraditório e ampla defesa

As sanções políticas violam expressamente o direito ao contraditório e ampla defesa,¹¹ previstos no art. 5º, LV, da Constituição da República de 1988¹², que são desdobramentos do devido processo legal, eis que, quando tais atos são praticados, o contribuinte que, supostamente, estaria em débito com a Fazenda, ficaria impossibilitado de discutir eventual ilegalidade acerca do tributo exigido.

Isto pois, quando a sanção política é praticada pelo Fisco, o contribuinte, muitas vezes, precisa optar por se submeter às sanções políticas, pagando o crédito tributário, ou discutir a legalidade do crédito tributário na esfera judicial e da forma que tal crédito está sendo cobrado, correndo o risco de ter a sua atividade empresarial prejudicada.

Veja-se, por exemplo, o contribuinte que tem seu estabelecimento comercial interditado por estar inadimplente com a Fazenda Pública. Ora, a cada dia de interdição,

¹¹ Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor (MORAES, 2017, p. 85).

¹² Art. 5º, inciso LV, CR/88 - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

este contribuinte estará impossibilitado de exercer a sua atividade profissional e, conseqüentemente, estará sofrendo enormes prejuízos.

Neste sentido, Hugo de Brito Machado Segundo (2012, p. 83) aduz que:

Mais claro e patente, porém, é o desrespeito ao devido processo legal, do qual o contraditório e a ampla defesa são desdobramentos. A apreensão descabida põe o contribuinte na condição de escolher o exercício de seu direito de defesa em face de uma exigência fiscal que considera indevida ou a liberação e mercadorias ou bens indispensáveis à suas atividades econômicas mediante o pronto pagamento de tudo que lhe é exigido, sem questionamentos.

Em razão destas situações e outras mais, não raro, o contribuinte, quando vítima destes atos coercitivos praticados pela Administração Pública, prefere abrir mão do seu direito de defesa e se submeter às sanções políticas, pagando o crédito tributário que, muitas vezes, é indevido, tendo em vista que pagar é mais rápido e menos custoso do que discutir judicialmente a legalidade do crédito tributário.

Legalidade

Há de se destacar, ainda, que ao se valer de sanções políticas no intuito de satisfazer o crédito tributário, o Estado está violando a legalidade, prevista nos artigos 5º, inciso I, da CRFB/88¹³, que dispõe que ninguém será obrigado a fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Desta forma, o processo judicial e todos os procedimentos administrativos devem observar a forma prevista em lei.

Neste sentido, Hugo de Brito Machado Segundo (2012, p. 21) salienta que:

Por legalidade, entende-se a garantia concedida aos cidadãos de que estes somente por lei poderão ser obrigados a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa. Consagrada no art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, a legalidade impõe-se nas relações processuais como nos atos do Poder Público de uma maneira geral. Desse modo, não apenas os procedimentos administrativos de controle interno da legalidade dos atos administrativos preliminares (v.g., uma fiscalização tributária), como também o processo administrativo de controle interno da legalidade

¹³ CRFB/88 – 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: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

dos atos administrativos, e o processo judicial tributário, enfim, toda a atividade processual tributária desenvolve-se, como não poderia deixar de ser, nos termos em que prevista previamente em lei.

Neste diapasão, de acordo com o Direito Administrativo, a legalidade também está prevista no art. 37 da CRFB/88¹⁴, mas possui outra acepção, que dispõe que a Administração Pública só poderá fazer o que a lei determina¹⁵.

Isto, pois para os particulares, a regra é a autonomia da vontade, enquanto a Administração Pública não tem vontade autônoma, já que expressa a "vontade geral", manifestada pelos representantes do povo, motivo pelo qual, para a Administração Pública, não é suficiente a ausência de proibição em lei para que possa agir, é necessária a existência de uma lei que imponha ou autorize determinada atuação administrativa (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 189).

Ora, conforme já foi acima mencionado, a forma correta para o Estado cobrar o crédito tributário é através de Ação de Execução Fiscal, cujo rito está previsto na Lei 6.830/80.

Portanto, ao praticar atos que configuram sanção política para compelir o contribuinte a pagar o crédito tributário ao invés de ajuizar Ação de Execução Fiscal, consequentemente, o Estado estará violando o princípio da legalidade previsto no Texto Constitucional, motivo pelo qual, pode-se concluir pela inconstitucionalidade das sanções políticas pela violação à legalidade.

Direito à livre iniciativa e direito ao livre exercício da atividade econômica

As sanções políticas também violam o direito à livre iniciativa e o direito ao livre exercício da atividade econômica, previstos nos artigos 5º, XIII¹⁶ e 170, parágrafo único¹⁷, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Neste sentido, Hugo de Brito Machado (2014, p. 511) aduz que:

¹⁴ CRFB/88 – Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

¹⁵ Importante ressaltar, que a Administração Pública deverá observar não apenas o disposto nas leis, pois também deverá observar os princípios jurídicos e do ordenamento jurídico como um todo, isto é, a Administração pública deverá atuar conforme a lei e o direito, conforme redação do art. 2º, inciso I, parágrafo único, da Lei 9.784/99 (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 190).

¹⁶ CRFB/88 – Art. 5º, XIII, CR/88 - É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

¹⁷ CRFB/88 – Art. 170, parágrafo único, CR/88 - É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

As sanções políticas são flagrantemente inconstitucionais, entre outras razões, porque: (a) implicam indevida restrição ao direito de exercer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, assegurado pelo art. 170, parágrafo único, da vigente CF; e (b) configuram cobrança sem o devido processo legal, com grave violação do direito de defesa do contribuinte, porque a autoridade qual a este impõe a restrição não é a autoridade competente para apreciar se a exigência do tributo é ou não legal.

Quando o Fisco apreende mercadorias do contribuinte, ou interdita seu estabelecimento comercial, tal ato influencia diretamente no exercício da atividade econômica do contribuinte, tendo em vista que este estará impedido de exercer a sua atividade profissional.

Florence Haret possui o mesmo entendimento, ao dizer que "é prática contrária ao direitos fundamentais dos contribuintes, ferindo garantias como livre exercício do trabalho, ofício ou profissão (CF, art. 5º, XIII), da atividade econômica (CF, art. 170, parágrafo único) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV)" (2015, p. 334-346).

Ora, todos tem o direito ao livre exercício da atividade econômica, inclusive o contribuinte que está inadimplente. Neste diapasão, Sacha Calmon salienta que "tudo o mais que o legislador ordinário fizer visando direta ou indiretamente impedir ou restringir o exercício dos ofícios e das profissões será inconstitucional" (COELHO, 1980, p. 141-143).

Neste sentido, Leandro Paulsen (2017, p. 224) aduz que:

Quanto às restrições a direitos, cabe considerar, inicialmente, que o direito ao exercício de atividade econômica ou profissional não pode ser restringido em razão da pura e simples existência de débitos do contribuinte. Tratando-se de direitos constitucionais, seria medida desproporcional tal restrição, mormente considerando que há meios próprios à disposição do Fisco para a cobrança dos seus créditos. Assim, medidas como a interdição de estabelecimento, não autorização da emissão de documentos fiscais, vedação da aquisição de estampilhas e cassação de habilitação profissional não são admitidas, constituindo o que se costuma designar de "sanções políticas".

Logo, qualquer que seja a restrição que implique em cerceamento da liberdade de exercer atividade lícita é inconstitucional, porque contraria o disposto nos artigos 5º, inciso XIII, e 170, parágrafo único da Carta Maior (MACHADO, p. 46).

Razoabilidade e proporcionalidade

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade são aplicados principalmente no controle de atos discricionários da Administração Pública, que impliquem restrição ou condicionamento aos direitos dos administrados (no caso, do contribuinte) ou imposição de sanções administrativas (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 201).

Neste diapasão, de acordo com Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo (2011, p. 202 e 203), o princípio da razoabilidade¹⁸ está ligado à adequação e necessidade do ato ou da atuação da Administração Pública, “adequados à consecução do fim almejado e que sua utilização, especialmente quando se trate de medidas restritivas ou punitivas, seja realmente necessária”.

Na mesma esteira, o princípio da proporcionalidade, de acordo com os autores, impede que a Administração Pública restrinja os direitos do particular além do que seria necessário, tendo em vista que “ninguém está obrigado a suportar restrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis, imprescindíveis à satisfação do interesse público” (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 203).

Logo, a prática da sanção política configura ato administrativo desproporcional e carente de razoabilidade, contribuindo com a sua inconstitucionalidade.

Entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca das sanções políticas

Devido ao grande número de demandas sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal se posicionou de forma favorável ao contribuinte, repudiando as sanções políticas, no sentido de que é inconstitucional a utilização destas. Para tanto, foram editadas as súmulas 70, 323 e 547.

A Súmula 70 dispõe que é inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo. Reza a Súmula 323 que é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributo. Por fim, a súmula 547 preleciona que não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

Quanto à súmula 70 do STF, esta teve como precedente o RMS n. 9.698/GB¹⁹, de relatoria do Min. Henrique D’Ávila, que levantou a discussão sobre a possibilidade

¹⁸ O princípio da razoabilidade, segundo o STF, está positivado implicitamente na CRFB/88, podendo ser deduzido do art. 5º, inciso LIV, que trata do devido processo legal, por entender que o devido processo legal deve ser regido por leis razoáveis (MACHADO SEGUNDO, 2012, p. 22).

¹⁹ Na ementa do RMS 9.698/GB, constou: “Não é lícito ao Fisco interditar estabelecimentos comerciais

de interdição de estabelecimento comercial como meio coercitivo para compelir o contribuinte recorrente a pagar débito que entende estar erroneamente quantificado, relativamente ao imposto de vendas e consignações incidentes sobre a atividade de construção civil (LOPES; MAGALHÃES, 2015, p. 289).

Em relação à súmula 323 do STF, esta teve como precedente o RE 39.933²⁰, de relatoria do Min. Ary Franco, em que se discutiu a inconstitucionalidade do art. 75 do Código Tributário Municipal de Major Izidoro/AL, dispositivo este que criou a possibilidade de apreensão de mercadorias ou bens para arrecadar dívidas fiscais (LOPES; MAGALHÃES, 2015, p. 289).

Acerca da súmula 547 do Supremo Tribunal Federal esta súmula teve como precedentes o RE 64.054/SP²¹, de relatoria do então Min. Aliomar Baleeiro.

Importante destacar que o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, no julgamento do RE 241340, transcreveu o entendimento do STF pela inconstitucionalidade das sanções políticas, ao salientar que,

Em uma série de precedentes, esta Corte tem constantemente reconhecido a inconstitucionalidade das sanções políticas em matéria tributária. Sanções políticas referem-se a quaisquer instrumentos ou expedientes cujo objetivo é induzir o sujeito passivo ao pagamento de tributo, em prejuízo do direito de petição (acesso à administração e ao Judiciário) e do direito ao exercício de atividade profissional ou econômica lícita. Em outras palavras, entende-se por sanção política as restrições não-razoáveis ou desproporcionais ao exercício de atividade econômica ou profissional lícita, utilizadas como forma de indução oblíqua ou coação indireta ao pagamento de tributos (RE 241340, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 14/03/2012, publicado em DJe-062 DIVULG 26/03/2012 PUBLIC 27/03/2012).

com o propósito de os compelir ao pagamento de impostos ou multas. Os contribuintes têm o direito de impugnar a legitimidade dos débitos fiscais, quando convocados, pelos meios regulares, a satisfazê-los. Recurso de Mandado de Segurança. Seu provimento (RMS 9698, Relator(a): Min. HENRIQUE D'AVILA, Tribunal Pleno, julgado em 11/07/1962, DJ 05-11-1962 PP-03295 EMENT VOL-00520-01 PP-00219)".

²⁰ No RE 39.933/AL, o Min. Rel. Ary Franco constou em seu voto: "No que diz respeito à apreensão de mercadoria, como forma de cobrança de dívida fiscal, é manifesta a ilegalidade do ato da corrente. Não lhe cabe, na espécie, fazer justiça de mão própria se a lei estabelece a ação executiva fiscal, para a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública em geral". (RE 39933 segundo, Relator(a): Min. ARY FRANCO, Tribunal Pleno, julgado em 09/01/1961, DJ 13-04-1961 PP-00515 EMENT VOL-00454-03 PP-01195). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=262598>>. Acesso em 06/11/2017.

²¹ Na ementa do RE 64.054, constou: "Solve et repete. A jurisprudência do S.T.F. já se pacificou no sentido de que não sobrevivem, no direito atual, as medidas restritivas das atividades profissionais, lícitas, dos contribuintes, que os Dec.leis ns. 5 e 42. de 1937, autorizavam" (RR.EE. ns. 60.664 e 63.047, do Pleno, unânimes, de 14.2.68). (RE 64054, Relator(a): Min. Aliomar Baleeiro, Segunda Turma, julgado em 05/03/1968, DJ 26-04-1968 PP-01395 EMENT VOL-00724-02 PP-00578).

Aqui, cumpre inserir a ementa do ARE 914045/MG, julgado pelo Tribunal Pleno do STF, cuja repercussão geral foi reconhecida. Neste julgado, datado de novembro de 2015, em que se discutiu o condicionamento do deferimento de inscrição em cadastro de produtor rural à regularização de débitos fiscais constantes em PTAs, foi reiterado o entendimento da Corte, no sentido de que é inconstitucional a restrição imposta pelo Estado ao livre exercício da atividade econômica com o objetivo de cobrança indireta de tributos. Veja-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CLÁUSULA DA RESERVA DE PLENÁRIO. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL PLENO DO STF. RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELO ESTADO. LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL. MEIO DE COBRANÇA INDIRETA DE TRIBUTOS. 1. A jurisprudência pacífica desta Corte, agora reafirmada em sede de repercussão geral, entende que é desnecessária a submissão de demanda judicial à regra da reserva de plenário na hipótese em que a decisão judicial estiver fundada em jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou em Súmula deste Tribunal, nos termos dos arts. 97 da Constituição Federal, e 481, parágrafo único, do CPC. 2. O Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente entendido que é inconstitucional restrição imposta pelo Estado ao livre exercício de atividade econômica ou profissional, quanto aquelas forem utilizadas como meio de cobrança indireta de tributos. 3. Agravo nos próprios autos conhecido para negar seguimento ao recurso extraordinário, reconhecida a inconstitucionalidade, incidental e com os efeitos da repercussão geral, do inciso III do §1º do artigo 219 da Lei 6.763/75 do Estado de Minas Gerais (ARE 914045 RG, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 15/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-232 DIVULG 18-11-2015 PUBLIC 19-11-2015).

Embora o Supremo Tribunal Federal já tenha sumulado o seu entendimento, o Estado continua praticando atos que caracterizam sanção política, motivo pelo qual, reiteradamente, a Suprema Corte continua julgando casos sobre o tema, como, por exemplo, o AI 798210 AgR²² e o RE 787241.²³

²² Agravo regimental no agravo de instrumento. 2. Tributário. 3. Norma local que condiciona a concessão de regime especial de tributação à apresentação de CND. Meio indireto de cobrança de tributo. Ofensa ao princípio da livre atividade econômica. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - AI 798210 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 08/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 23-05-2012 PUBLIC 24-05-2012).

²³ RECURSO EXTRAORDINÁRIO – LEGISLAÇÃO LOCAL. A apreciação do recurso extraordinário faz-se considerada a Constituição Federal, descabendo interpretar normas locais visando a concluir pelo

Noutro giro, em 2013, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 550.769/RJ,²⁴ por maioria (vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Marco Aurélio), entendeu que, em casos excepcionais de inadimplemento contumaz do sujeito passivo, é admissível a restrição a determinados direitos do contribuinte, preservando-se o direito à livre-concorrência, tendo como finalidade o adimplemento do crédito tributário.

Ressalta-se que se trata de mera exceção, cujo entendimento se deu em razão de um caso específico, com as suas peculiaridades, em razão de um devedor contumaz. O RE 550.769/RJ discutiu a constitucionalidade do art. 2º, II, do Decreto-lei 1593/1977²⁵, que prevê a possibilidade de cancelamento de registro especial para a produção de cigarros, em razão de inadimplemento tributário.

É importante destacar que, neste julgado, o Supremo Tribunal Federal não entendeu que as sanções políticas são permitidas, mas sim que a restrição imposta pelo art. 2º, II, do Decreto-lei 1593/77 não configura uma sanção política, mas apenas uma restrição a um direito (direito à livre atividade econômica lícita e acesso à jurisdição), em razão de outro (direito à livre-concorrência e dever de pagar tributos).

Inclusive, no voto do Min. Joaquim Barbosa, relator do RE 550.769/RJ, este rechaça as sanções políticas, reiterando o entendimento do STF acerca do tema. Veja-se:

enquadramento no permissivo do inciso III do artigo 102 da Carta da República. TRIBUTO – FISCALIZAÇÃO – REGIME ESPECIAL – “SANÇÃO POLÍTICA” – INSUBSISTÊNCIA. Surge conflitante com a Carta da República legislação estadual por meio da qual são impostas restrições ao exercício da atividade econômica ou profissional do contribuinte, quando este se encontra em débito para com o fisco, caracterizada forma oblíqua de cobrança de tributos – Verbetes nº 70, 323 e 547 da Súmula do Supremo. Precedentes: Recursos Extraordinários nº 413.782-8/SC e 565.048/RS, ambos de minha relatoria (STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RE 787241 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 05/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-097 DIVULG 22-05-2015 PUBLIC 25-05-2015).

²⁴ EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SANÇÃO POLÍTICA. NÃO-PAGAMENTO DE TRIBUTO. INDÚSTRIA DO CIGARRO. REGISTRO ESPECIAL DE FUNCIONAMENTO. CASSAÇÃO. DECRETO-LEI 1.593/1977, ART. 2º, II. 1. Recurso extraordinário interposto de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que reputou constitucional a exigência de rigorosa regularidade fiscal para manutenção do registro especial para fabricação e comercialização de cigarros (DL 1.593/1977, art. 2º, II). 2. Alegada contrariedade à proibição de sanções políticas em matéria tributária, entendidas como qualquer restrição ao direito fundamental de exercício de atividade econômica ou profissional lícita. Violação do art. 170 da Constituição, bem como dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 3. A orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal rechaça a aplicação de sanção política em matéria tributária. Contudo, para se caracterizar como sanção política, a norma extraída da interpretação do art. 2º, II, do Decreto-lei 1.593/1977 deve atentar contra os seguintes parâmetros: (1) relevância do valor dos créditos tributários em aberto, cujo não pagamento implica a restrição ao funcionamento da empresa; (2) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle do ato de aplicação da penalidade; e (3) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle da validade dos créditos tributários cujo não-pagamento implica a cassação do registro especial. 4. Circunstâncias que não foram demonstradas no caso em exame. 5. Recurso extraordinário conhecido, mas ao qual se nega provimento (RE 550769, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 02-04-2014 PUBLIC 03-04-2014).

²⁵ Decreto-lei 1593/1977 – Art. 2º O registro especial poderá ser cancelado, a qualquer tempo, pela autoridade concedente, se, após a sua concessão, ocorrer um dos seguintes fatos: [...]II - não-cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal.

O Supremo Tribunal Federal possui uma venerável linha de precedentes que considera inválidas as sanções políticas. Entende-se por sanção política as restrições não-razoáveis ou desproporcionais ao exercício de atividade econômica ou profissional lícita, utilizadas como forma de indução ou coação ao pagamento de tributos. Como se depreende do perfil apresentado e da jurisprudência da Corte, as sanções políticas não se limitam a um único semblante, mas podem assumir uma série de formatos. A interdição de estabelecimento e a proibição total do exercício de atividade profissional são apenas os exemplos mais conspícuos. [...] A orientação firmada pela Corte também invoca o direito fundamental ao exercício profissional e de atividade econômica lícita, e rechaça a aplicação de sanções políticas tributárias independentemente da forma que as restrições possam tomar (RE 550769, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 02-04-2014 PUBLIC 03-04-2014).

O repúdio às sanções políticas pelo Supremo Tribunal Federal continua. O que entendeu a maioria dos Ministros da Corte foi que, neste caso concreto, o art. 2º, II, do Decreto-lei 1593/1977 não contraria a CRFB/88, tendo em vista que tal dispositivo visa, apenas, impedir a prática do ilícito pelo inadimplente contumaz, preservando o direito constitucional da livre concorrência, motivo pelo qual, em tese, não se trata de uma sanção política.

De toda sorte, o entendimento adotado pelo Ministro Gilmar Mendes, embora tenha sido vencido, parece-nos o mais correto, em plena consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Aduziu o Ministro que, em verdade, o art. 2º, II, do Decreto-lei 1593/1977 se trata de sanção política. Veja-se trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes, no RE 550.769/RJ:

Rigorosamente, a mim não me parece que a disposição impugnada encontre outro sentido, no ordenamento jurídico vigente, a não ser o de reforçar a eficácia das normas tributárias que oneram o segmento econômico em questão. Por isso, não tenho dúvida em afirmar que se trata de regra com clara natureza de “sanção política”, estabelecida em benefício da arrecadação fiscal e em evidente descompasso com a jurisprudência desta Corte. [...] Não vejo diferença jurídica significativa entre a medida imposta pela art. 2º, II, do Decreto-Lei 1.593/1977 e aquelas previstas nas súmulas 70, 323 e 547. Em todas essas hipóteses, está-se diante de medidas com natureza de sanção política. Nota-se que o fato jurídico que dá ensejo ao cancelamento do registro especial, com fundamento no inciso II do art. 2º, é rigorosamente o mesmo que motiva a aplicação das sanções diretas de multa e/ou execução fiscal: o mero descumprimento da obrigação tributária, seja ela acessória ou principal. Em outras palavras, descumprindo a legislação tributária

federal, a Fazenda Nacional poderá, conforme o caso, impor multa, promover execução fiscal e ainda proibir, de todo, o desempenho da atividade econômica em questão, nos casos de cancelamento do registro. Não me parece que esta última medida deva ser providência posta à disposição da autoridade fiscal. Trata-se, nitidamente, de sanção política, semelhante a outras tantas contra as quais já se pronunciou esta Corte. [...] Além disso, não se pode perder de vista a gravidade dos efeitos do ato administrativo de cancelamento do “registro especial”. Na prática, a aplicação da medida representa uma verdadeira pena de morte da pessoa jurídica, máxime nos casos em que o objeto social da pessoa jurídica confunde-se com a atividade que justifica a exigência do regime especial, ou seja, a fabricação de cigarro. Nessas hipóteses, ter-se-ia algo semelhante à decretação da extinção da pessoa jurídica, por meio de ato administrativo. [...] Também, não entendo que os prováveis efeitos concorrenciais do descumprimento da legislação tributária possam justificar, abstratamente, a medida prevista no art. 2º, II, do Decreto-Lei 1.593/1977. Fosse assim, todo devedor do Fisco deveria ficar impedido de desempenhar atividade econômica, porque não arcou com um custo idêntico àquele que foi suportado pelo seu concorrente. [...] Enfim, o que se percebe é que falta outro fundamento para a restrição imposta pelo art. 2º, II, do Decreto-lei 1.593/1977, que não o de garantir a eficácia da tributação incidente sobre a atividade econômica em questão e, por conseguinte, a arrecadação tributária que dela decorre. Nada há que justifique, diante da ordem constitucional vigente, a restrição imposta pelo art. 2º, II, do Decreto-Lei 1.593/1977. Trata-se de medida desproporcional e em frontal descompasso com os princípios constitucionais da livre iniciativa e do devido processo legal (RE 550769, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 02-04-2014 PUBLIC 03-04-2014).

Portanto, em que pese a relativização da imposição de restrições a direitos do contribuinte por dívidas fiscais (RE 550.769/RJ), o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito ao tema, de uma maneira geral, sinaliza a inadmissibilidade de quaisquer medidas coercitivas desproporcionais de exigência do tributo.

Ou seja, todas estas três súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a jurisprudência desta Corte, demonstram que ao condicionar determinado ato ao pagamento prévio de tributos, a Administração Pública está praticando uma forma coercitiva e indireta de cobrança de tributos.

Neste diapasão, o crédito tributário, quando não pago de forma espontânea pelo contribuinte, deve ser cobrado pelo Fisco na forma prevista na Lei n. 6.830/80, por intermédio de Ação de Execução Fiscal, e não por meios abusivos de cobrança de tributos, tendo em vista que Ação de Execução Fiscal é a via processual adequada

para o sujeito ativo da relação tributária (Fisco), munido da CDA como título executivo extrajudicial, obter do sujeito passivo (contribuinte, substituto ou responsável tributário), a satisfação compulsória do seu crédito (PAUSEN, 2017, p. 465).

Conclusão

Este trabalho não pretende esgotar o tema. Tratam-se de reflexões construtivas, acadêmicas e não definitivas, tendo como base uma análise das sanções políticas durante os trinta anos de vigência da CRFB/88.

Como foi dito, para a Administração Pública exigir o pagamento do tributo por parte do contribuinte, é preciso constituir o crédito tributário, inscrevendo-o em dívida ativa, gerando uma Certidão de Dívida Ativa. Assim, com a CDA, a Fazenda Pública poderá ajuizar Ação de Execução Fiscal, na forma prevista na Lei 6.830/80, no intuito de ter adimplido o crédito tributário.

Ocorre, que nem sempre o Estado segue este procedimento para cobrar o crédito tributário do contribuinte, tendo em vista que a Administração Pública utiliza as sanções políticas para forçar o contribuinte a adimplir o crédito tributário.

Neste diapasão, as sanções políticas se caracterizam por serem formas coercitivas e indiretas do Estado compelir o contribuinte a pagar o tributo, isto é, o Estado impõe restrições ou proibições ao sujeito passivo da obrigação tributária, como forma oblíqua de obrigá-lo ao pagamento do crédito tributário.

Entretanto, as sanções políticas violam princípios e direitos constitucionais, previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, ao passo que violam o direito à livre iniciativa e o direito ao livre exercício da atividade econômica (artigos 5º, XIII e 170, parágrafo único, da CR/88), devido processo legal (art. 5º, LIV, da CR/88), contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CR/88), legalidade (art. 5º, II e art. 37, da CR/88), proporcionalidade e razoabilidade.

Neste sentido, é o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, que, inclusive, sumulou o seu entendimento, conforme os verbetes das súmulas 70, 323 e 547. Além disso, conforme foi possível perceber ao analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mesmo após a publicação das súmulas 70, 323 e 547, o Estado continua utilizando sanções políticas para compelir o contribuinte a adimplir o crédito tributário.

Ao que parece, o Fisco não está preocupado em respeitar os direitos fundamentais do contribuinte, já que o seu objetivo é única e exclusivamente, arrecadar dinheiro aos cofres públicos.

Ora, tal prática não está de acordo com o Estado Democrático de Direito, tendo em vista que o Estado, valendo-se da sua soberania, oprime o contribuinte, forçando-o a pagar o tributo, violando seus direitos fundamentais.

Noutro norte, não se está defendendo a impunidade do contribuinte em débito com suas obrigações tributárias, mas sim a forma adequada do Fisco cobrar o crédito tributário, que é através de Execução Fiscal.

Além disso, de fato, existem sanções aplicadas pelo Fisco ao contribuinte que são constitucionais, ou seja, estão em consonância com o ordenamento jurídico. Para que o ato administrativo praticado pelo Estado se caracterize uma sanção política, é necessário que a restrição ao livre exercício da atividade econômica seja não razoável e desproporcional, violando o devido processo legal e o direito ao contraditório e ampla defesa do contribuinte, de modo que este seja coagido a pagar o crédito tributário. Assim, a sanção imposta será um ato administrativo inconstitucional.

Portanto, durante os trinta anos de vigência da CRFB/88, a Administração Tributária vem praticando sanções políticas e, conseqüentemente, violando direitos garantidos pela CRFB/88, quais sejam, direito ao livre exercício da atividade econômica, direito à livre iniciativa, direito ao contraditório e ampla defesa, direito ao devido processo legal, bem como aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, motivo pelo qual, pode-se afirmar que as sanções políticas são inconstitucionais.

Referências

- ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense; Método, 2011.
- AMARO, L. *Direito Tributário Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ATALIBA, G. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- BALEEIRO, A. *Direito Tributário Brasileiro*. Atualização Misabel Abreu Machado Derzi. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BATISTA JUNIOR, O. A. *O poder de polícia fiscal*. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2001.
- BOULOS, C. *Decisão do STF: Sanções Políticas em Matéria Tributária*. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/colunas/63297/decisao+do+stf+sancoes+politicas+em+materia+tributaria.shtml>>. Acesso em: 08 fev. 2017.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 02 jun. 2017.

- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.
- BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 09 nov. 2017.
- BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1996. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em 02 jun. 2017.
- BRASIL. Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. *Lei de Execução Fiscal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em 02 jun. 2017.
- BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. *Processo Administrativo Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em 06 nov. 2017.
- BRASIL. Ministério da Fazenda. *Carga Tributária no Brasil – 2014: Análise por Tributos e Bases de Incidência*. Disponível em: <<https://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/29-10-2015-carga-tributaria-2014>>. Acesso em 09 nov. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em Recurso Extraordinário n. 914045/MG*. Relator: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgado em 18/11/2015. Publicado em 19/11/2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SANCAO+POLITICA+ATIVIDADE+ECONOMICA%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/ybcupwl>>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança n. 9698*. Relator: Min. Henrique D’Avila. Julgamento em 11 de julho de 1962. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%289698%2ENUM%2E+OU+9698%2EACMS%2E%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/ztlafka>>. Acesso em: 13 fev. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 241340/PE*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em 14 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+241340%2ENUM%2E%29+NAO+S%2E-PRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/m9p6sms>>. Acesso em: 13 fev. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 39.933/AL*. Relator: Min. Ary Franco. Tribunal Pleno, julgado em 09/01/1961. Publicado em 13/04/1961. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=262598>>. Acesso em 06 nov. 2017.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 550.769/RJ*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Julgado em 22/05/2013, publicado em 03/04/2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28550769%2ENUME%2E+OU+550769%2EACMS%2E%29&base=baseA-cordaos&url=http://tinyurl.com/yc2vnewh>>. Acesso em 20 jan. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 64.054/SP*. Relator: Min. Aliomar Baleeiro. Segunda Turma. Julgado em 05/03/1968. Publicado em 26/04/1968. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2864054%2ENUME%2E+OU+64054%2EACMS%2E%29&base=baseA-cordaos&url=http://tinyurl.com/zc3e9y2>>. Acesso em 06 nov. 2017.
- BRUM, G. S. O. Sanções políticas em matéria tributária. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, n. 62, 2014. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao062/Gabriele_Brum.html>. Acesso em: 20 fev. 2017.
- CAVALCANTE, M. A. L. *Súmulas do STF e do STJ: Anotadas e Organizadas por Assunto*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- COÊLHO, S. C. N. Sanções Tributárias. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, ano XXV, n. 22, p. 331-384, 1979.
- COELHO, S. C. N. Teoria das Sanções Tributárias. In: MACHADO, H. de B. (coord.). *Sanções administrativas tributárias*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 420-444.
- DUTRA, A. A. G. A legitimidade das sanções políticas na perspectiva do dever fundamental de pagar tributos. *Direito Público - Revista jurídica da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais*, v. 7, n. 1/2, p. 9-26, 2010.
- FILHO, C. V. M. Sanções políticas na jurisprudência do STF e o protesto da CDA: idas, vindas e alguns contrapontos. *Direito Público - Revista jurídica da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais*, v. 12, n. 1/2, p. 45-67, 2015.
- FOLMANN, M. (coord.). *Tributação e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2006.
- FONTES, J. F. *Curso de Direito Tributário*. Belo Horizonte: Rede Preparatória, 2013.
- GODOI, M S. de. *Crítica à jurisprudência atual do STF em matéria tributária*. São Paulo: Dialética, 2011.
- HARADA, K. *Direito Financeiro e Tributário*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- HARADA, K. Sanções Políticas Como Meio Coercitivo Indireto De Cobrança Do Crédito Tributário. *Âmbito Jurídico*, v. XII, n. 64, 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6236>. Acesso em 08 fev. 2017.
- HARET, F. Desvendando as sanções políticas em direito tributário: Critérios Objetivos de Delimitação das Sanções Políticas sob a Ótica da Jurisprudência do Supremo Mais

- Recente. In: CARVALHO, C. (coord.). *Direito Tributário Atual*. São Paulo: Campus Elsevier, 2015, p. 334-346.
- ICHIHARA, Y. *Direito Tributário*. 14. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2005.
- LOPES, B. L. *Aspectos Tributários da Falência e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- LOPES, B. L.; MAGALHÃES, T. F. *Sanções políticas no Direito Tributário: violação às garantias constitucionais do contribuinte*. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/wp-content/uploads/2016/09/LJ-0541.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2017.
- MACHADO SEGUNDO, H. de B. *Código Tributário Nacional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- MACHADO SEGUNDO, H. de B. *Processo Tributário*. 6. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2012.
- MACHADO, H. de B. *Comentários ao Código Tributário Nacional: Artigos 96 a 138*. Vol. II. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004.
- MACHADO, H. de B. *Comentários ao Código Tributário Nacional: Artigos 1 a 95*. Vol. I. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004.
- MACHADO, H. de B. *Curso de Direito Tributário*. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- MACHADO, H. de B. *Sanções Políticas no Direito Tributário*. Disponível em: <<http://www.hugomachado.adv.br/>>. Acesso em: 05 fev. 2017.
- MACHADO, H. de B. *Sanções Políticas no Direito Tributário*. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 30, p. 46-49, 1998.
- MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MORAES, A. de. *Direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- NUNES, C. S. *Curso de Direito Processual Tributário*. São Paulo: Dialética, 2010.
- PAUSEN, L. *Curso de Direito Tributário: Completo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- REBS, P. *Autoincriminação e obrigação tributária – aplicações no direito tributário do direito a não se auto incriminar*. Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado, 2010.
- SABBAG, E. *Manual de Direito Tributário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SABBAG, E. *Manual de Direito Tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SHOUERI, L. E. *Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SOUZA, M. L. J. S. F. de. *Sanções Políticas no Direito Tributário: precedentes e atualidades*. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/75068/sancoes_politicas_direito_souza.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2017.

O vínculo empregatício entre motoristas e o aplicativo de mobilidade urbana Uber

The employment relationship between drivers and the Uber urban mobility application

Vinícius Martins de Oliveira*

João Gomes Pessoa**

Resumo: Diante dos mais recentes e intensos debates no que diz respeito à modernização e flexibilização das relações empregatícias, surge o caso Uber e sua relação com os motoristas cadastrados em sua plataforma de transporte pessoal. Assim, o objetivo do presente artigo é fazer uma análise acerca de tal relação, buscando na doutrina e jurisprudência indícios da existência ou inexistência da possibilidade de se caracterizar o motorista como empregado da empresa Uber. Para tanto, traz um estudo que aborda as relações de trabalho e as relações de emprego, bem como os requisitos que devem ser preenchidos para sua caracterização. Por fim, uma análise a respeito do Princípio da Dignidade Humana e sua relação com as atuais flexibilizações dos direitos trabalhistas, analisando ainda a Lei que surgiu do embate entre taxistas e motoristas Uber, com a intenção de regular o transporte individual privado de passageiros.

Palavras-chave: Direito do trabalho; Vínculo de emprego; Motorista; Aplicativo de mobilidade.

Abstract: In view of the most recent and intense debates regarding the modernization and flexibility of employment relations, the Uber case and its relationship with drivers registered on its personal transport platform emerges. Thus, the objective of the present course conclusion work is to analyze the relationship and search the doctrine and jurisprudence for evidence of the existence or absence of the possibility of characterizing the driver as an employee of the Uber company. Therefore, it brings a study that addresses labor relations and employment relations, as well as the requirements that must be fulfilled for their characterization. Finally, it seeks to analyze the Principle of Human Dignity and its relationship with the current flexibilisations of labor rights, also analyzing the Law that emerged from the clash between taxi drivers and Uber drivers, with the intention of regulating individual private passenger transport.

Keywords: Labor law; Employment bond; Driver; Mobility application.

Recebido em: 24/6/2022
Aprovado em: 22/7/2022

* Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Leste de Minas (Fadileste).

** Especialista em Direito de Empresa. Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito do Leste de Minas (Fadileste). E-mail: joaogomespessoa.adv@gmail.com.

Introdução

Para que seja possível compreender a possibilidade do reconhecimento do vínculo empregatício entre o motorista e os aplicativos de transporte individual urbano, é importante estudarmos o direito do trabalho e suas características. O trabalho acompanha o desenvolvimento da sociedade, e desde os primórdios das civilizações é inerente ao ser humano, tornando-se uma das principais necessidades humanas.

Sobre o tema, Marcelo Alexandrino (2006, p. s.n) diz que:

[...] o trabalho é tão antigo quanto o homem. A partir do momento em o homem fixou-se a terra e organizou-se o sistema de trocas, ele deixou de trabalhar sozinho ou com sua família para o seu próprio sustento e surgiu a ideia de utilização do trabalho em benefício de pessoa diversa do próprio trabalhador. Desde então, o trabalho assumiu, ao longo do tempo determinadas formas, quais sejam, por exemplo: a escravidão, servidão, corporações até evoluir a ideia de emprego.

Seguindo no estudo, Volia Bonfim Cassar (2010, p. 32) explica que “[...] no passado o trabalho tinha conotação de tortura, atualmente significa toda energia física ou intelectual empregada pelo homem com finalidade produtiva”. Entretanto, atualmente o trabalho é compreendido como o esforço físico ou intelectual, ou as vezes ambos, que o trabalhador realiza com a intenção de produzir algo. Neste sentido,

[...] a palavra trabalho, embora ampla, tem uma inquestionável delimitação: refere-se a dispêndio de energia pelo ser humano, objetivando resultado útil (e não dispêndio de energia por seres irracionais ou pessoa jurídica). Trabalho é atividade inerente a pessoa humana, compondo o conteúdo físico e psíquico dos integrantes da humanidade. É, em síntese, o conjunto de atividades produtivas ou criativas, que o homem exerce para atingir determinado fim.

Desta forma, é correto afirmar que o labor é uma atividade ligada intimamente ao ser humano, que possui cunho pessoal, figurando como uma atividade exercida de maneira livre, possuindo ainda natureza única, pois expressa a personalidade de quem executa.

Mesmo que o trabalho seja executado de forma livre pelo ser humano, este o realiza com o intuito de perceber uma gratificação por tal, que na maioria dos casos se configura numa gratificação em pecúnia. Tal gratificação geralmente possui o nome de

salário, e está positivado no art. 76 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que é o diploma legal que rege as relações de trabalho em nosso país, vejamos:

Art. 76 - Salário mínimo é a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, inclusive ao trabalhador rural, sem distinção de sexo, por dia normal de serviço, e capaz de satisfazer, em determinada época e região do País, as suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte (BRASIL, 1943, p. s.n.).

É com este salário, advindo do trabalho, que a grande maioria das famílias se sustentam durante o mês. Desta forma, fica claro que, além de ser um ato livre do homem, o trabalho é também a maneira com que as pessoas se sustentam, através de seus salários.

Entretanto, pelo atual cenário econômico que vem passando o Brasil, com o desemprego crescendo absurdamente, faz-se necessário que as pessoas consigam seu sustento através de empregos que muitas das vezes oferecem relações empregatícias precárias, como é o caso do tema que será abordado nesse trabalho.

Nesse ponto de vista, percebe-se que há uma flexibilização das leis trabalhista, que ocorre quando existe, teoricamente, uma lei dura, e que para o mercado fluir e criar novos postos de emprego, é necessário que tal lei seja flexibilizada, trazendo benefícios para empregadores e empregados. Porém, tal tendência mercadológica pode ser considerada prejudicial, tendo em vista que, geralmente, a parte prejudicada juridicamente é o empregado.

Para fins do presente estudo, estudaremos a relação entre o motorista e o aplicativo de mobilidade urbana "Uber", e para tanto, inicialmente, é importante abordar o tema relação de emprego e de trabalho, trazendo suas características e principalmente suas diferenças.

A relação de trabalho

Neste tópico será abordado o tema Relação de Trabalho, de maneira simples e sucinta. Inicialmente é importante mencionar que relação de trabalho e relação de emprego são dois temas diferentes, que, segundo Maurício Godinho Delgado (2016, p. 270):

A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual.

Conforme explicado, entende-se que a relação de trabalho é um gênero, e diz respeito a toda e qualquer relação jurídica que tenha o trabalho humano como objeto, e, conseqüentemente, o recebimento de uma quantia em dinheiro, pecúnia, uma forma de salário, como contraprestação pelo serviço prestado. Pode acontecer entre uma pessoa ou empresa para outra.

Para melhor elucidação do tema, tem-se como exemplos a contratação de um pintor para realizar uma pintura numa residência, uma simples ida a um dentista. Ou seja, na relação de trabalho incluem-se os serviços realizados por trabalhadores autônomos, eventuais e avulsos, além, é claro, das relações de emprego.

A relação de emprego

Enquanto a relação de trabalho é gênero, a relação de emprego é espécie e é regulamentada pela CLT e também por leis complementares, como é o caso dos empregados doméstico, caso este que não é nosso objeto de estudo. Entretanto, para que possa existir a relação de emprego, é imprescindível que alguns requisitos sejam preenchidos. Estes requisitos estão elencados no Artigo 3º da CLT, vejamos: "Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário" (BRASIL, 1943, p. s. n).

Acima foi dado o exemplo do pintor, imaginemos que esse pintor foi contratado para pintar uma parede de uma casa. Neste caso, não há que se falar em relação de emprego, pois não existe um dos requisitos para que esteja configurada tal relação, qual seja, a habitualidade. Ou seja, o pintor exerce sua atividade de forma eventual: ele é contratado, inicia seu trabalho de pintura, o realiza e está dispensado, pode pegar outras pinturas para fazer.

De outro modo, um exemplo da relação de emprego é um garçom, que trabalha em um restaurante todas as quintas, sextas e sábados. Mesmo que ele não trabalhe

todos os dias da semana, ele exerce a atividade de garçom para este restaurante de maneira habitual, caracterizando assim a relação de emprego.

Homero Batista Mateus da Silva (2015, p. 13) explica que:

Assim toda relação de emprego pode ser considerada como relação de trabalho, mas nem toda relação de trabalho pode ser considerada como relação de emprego, pois a relação de emprego é uma das espécies da relação de trabalho, que é um gênero.

Para melhor entendimento acerca do tema, à frente serão abordados os requisitos para a configuração da relação de emprego como elencados acima no próximo capítulo.

Os requisitos

Conforme demonstrado, para que haja a configuração da relação de emprego, é importante que o trabalhador, a priori, seja pessoa física e que o trabalho seja prestado de forma não eventual ao empregador, ou seja, com habitualidade, pessoalidade e que seja realizado sob a dependência deste, mediante recebimento de salário, contraprestação em pecúnia.

Esses elementos caracterizadores da relação de emprego podem ser identificados através da combinação do *caput* de dois artigos da Consolidação das Leis Trabalhistas, quais sejam, os artigos 2º e 3º. Vejamos:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. [...] Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário (BRASIL, 1943, p. s.n.).

Assim, passemos a estudar os requisitos caracterizadores da relação de emprego.

Pessoa física

Conforme o art 3º da CLT, somente a pessoa física pode figurar como empregada, tendo em vista que a pessoa jurídica, de forma alguma, pode ser considerada empregada, mesmo que esta possa ser contratada para prestar serviços à uma outra empresa ou até

mesmo à uma pessoa física, não haverá que se falar em relação de emprego. Maurício Godinho Delgado (2016, p. 284) entende que:

A prestação de serviços que o Direito do Trabalho toma em consideração é aquela pactuada por uma pessoa física (ou natural). Os bens jurídicos (e mesmo éticos) tutelados pelo Direito do Trabalho (vida, saúde, integridade moral, bem-estar, lazer, etc.) importam à pessoa física, não podendo ser usufruídos por pessoas jurídicas. Assim, a figura do trabalhador há de ser, sempre, uma pessoa natural.

Não eventualidade

Como segundo requisito, temos a habitualidade, que nada mais é a condição, para se falar em relação de emprego, que o empregado deve exercer suas atividades de forma contínua, de maneira permanente, mesmo que seja por prazo determinado.

Sobre este requisito, Alice Monteiro de Barros (2011, p. 209) explica que:

O pressuposto da não-eventualidade traduz-se pela exigência de que os serviços sejam de natureza não eventual, isto é, necessários à atividade normal do empregador. Observe-se que o legislador não se utilizou do termo "continuidade". Logo, mesmo que descontínuo, isto é, intermitente, o serviço executado pelo empregado poderá ser de natureza não eventual. Basta que para isso seja necessário ao desenvolvimento da atividade normal do empregador.

Desta forma, resta claro quais são os requisitos para o aparecimento da relação de emprego, bem como sua diferença em comparação à relação de trabalho.

Subordinação

A subordinação se faz presente na estrutura da relação jurídica, uma vez que o empregado deve acatar às ordens do patrão ou superior, gerando assim uma relação de dependência entre o empregado e empregador. A subordinação ainda se divide em três categorias, sendo estas a técnica, a econômica e a jurídica.

A subordinação técnica diz respeito com o conhecimento técnico, que é do empregador. Já a subordinação econômica tem relação com a dependência econômica que o empregado possui em relação ao empregador. E por último, que atualmente é considerada a única modalidade de subordinação a se aplicar na relação de emprego,

existe a subordinação jurídica, que diz respeito ao contrato de trabalho, com o poder de direção que o empregador possui.

Assim, leciona Rúbia Zanotelli de Alvarenga (2010, p. 1):

A subordinação jurídica compreende, assim, a sujeição do labor do empregado à vontade do empregador. Na relação empregatícia, o empregador detém os poderes para dirigir, regulamentar, fiscalizar e aplicar penalidades ao trabalhador. É por intermédio do exercício do poder empregatício que se instrumentaliza a subordinação jurídica no contexto da relação de emprego.

Onerosidade

O quarto ponto a se destacar entre os requisitos da relação de emprego, é a onerosidade. Vale destacar que a relação de emprego é bilateral, temos de um lado o empregado, que deve desempenhar determinada tarefa pela qual foi contratado para o empregador, que por sua vez, deve pagar àquele uma contraprestação, ou seja, uma remuneração, pelos serviços prestados.

Sobre o tema, Carla Teresa Martins Romar (2014, p. 93), entende que:

[...] a relação de emprego não é gratuita ou voluntária, ao contrário, haverá sempre uma prestação (serviços) e uma contraprestação (remuneração). A onerosidade caracteriza-se pelo ajuste da troca de trabalho por salário. O que importa não é o quantum a ser pago, mas, sim, o pacto, a promessa de prestação de serviço de um lado e a promessa de pagamento do salário de outro lado.

Em outras palavras, a onerosidade nada mais é que a obrigação que o empregador tem de pagar ao empregado a contraprestação pelo labor, pois o emprego é uma relação que advém da necessidade econômica, e assim, o empregado espera com o recebimento do salário suprir suas necessidades, bem como de sua família.

Pessoalidade

A pessoalidade não pode se confundir com pessoa física. A pessoalidade indica que o trabalho deve ser realizado *intuitu personae*, ou seja, é o próprio empregado que deve realizar seus serviços, uma vez que não pode simplesmente enviar outra pessoa em seu lugar.

Em outras palavras, entende-se por pessoalidade, a obrigação que o empregado possui de realizar as atividades pelas quais fora contratado de maneira pessoal, isto é, não pode ser substituído por outro trabalhador durante seu labor, salvo em casos específicos onde perceba-se a realização de atividade esporádica, e mesmo assim, desde que o empregador permita.

Conforme corrobora Ricardo Resende (2015, p. 303) “[...] a relação empregatícia possui natureza intuito personae, isto é, o empregador irá contratar o trabalhador para que o mesmo lhe preste serviços de forma pessoal”.

A percepção do poder judiciário

É possível identificar que os motoristas do aplicativo Uber são divididos e não conhecem seus direitos de classe, uma vez que não possuem um espaço onde podem dialogar, trocar informações, ideias, apresentar posicionamentos, ou mesmo reivindicarem de qualquer tipo. Assim, por vezes os próprios motoristas não se identificam como funcionários do Uber, e acham que não possuem direitos trabalhistas, o que acaba resultando em um baixo número de ações trabalhistas levadas ao apreço do Judiciário (LEME, 2019).

Dessa forma, a maior dúvida dos motoristas é a respeito da existência, ou não, da relação de emprego entre o motorista e o aplicativo Uber. E esse questionamento é o mais presente nas demandas judiciais em que figuram como polo ativo e passivo, respectivamente, o motorista e o aplicativo Uber. Enquanto os motoristas buscam o reconhecimento do vínculo empregatício, a empresa contesta, dizendo que existe apenas um contrato de parceria (COSTA, 2019).

Ana Carolina Reis Paes Leme destaca que

[...] existem 135 ações individuais em trâmite na Justiça do Trabalho, discutindo exatamente o reconhecimento do vínculo de emprego entre os motoristas e a Uber. Curiosamente, não havia, até julho de 2018, sequer uma decisão de Tribunal do Trabalho reconhecendo o vínculo empregatício. As demandas que chegavam aos Tribunais terminavam ou com a homologação de um acordo – com cláusula de confidencialidade e quitação total – ou era proferido um acórdão negando a existência de vínculo de emprego (LEME, 2017, p. 137).

Isso demonstra a presença de manipulação por parte do aplicativo Uber, para dificultar a formação de jurisprudência no sentido de garantir ao motorista o reconhecimento do vínculo empregatício.

Em 2018, no mês de agosto, a 15ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região julgou o Recurso Ordinário, interposto pelo autor dos autos nº 1000123-89.2017.5.02.0038, dando provimento, mesmo que parcial, ao pleito de reconhecimento do vínculo empregatício entre o motorista e o aplicativo Uber. No caso em questão, Beatriz de Lima Pereira, destacou em seu voto que os aparatos informatizados utilizados pelo aplicativo Uber se enquadram na subordinação jurídica de que trata o artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (COSTA, 2019).

O referido artigo 6º da CLT traz a seguinte redação:

Art. 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio (BRASIL, 1943, p. s. n.).

Entretanto, na grande maioria das vezes, quando a empresa se vê diante de uma possível condenação, acaba por oferecer um bom acordo ao autor, com a condição de que a quitação seja geral, em todas as esferas do Judiciário, para evitar futuras ações nesse sentido.

Dessa forma, a empresa responsável pelo aplicativo demonstra que se utiliza de artifícios para dificultar o surgimento de jurisprudência desfavorável a si, como dito anteriormente.

Inicialmente, com as propostas oferecidas pelo aplicativo Uber nas demandas judiciais, o motorista se sente vitorioso, pois pode receber praticamente o valor da causa, contudo, acordos nesse sentido podem prejudicar a grande parcela de trabalhadores que se encontram na mesma situação, como “parceiros” do aplicativo e a eterna dúvida acerca do reconhecimento, ou não, de seu vínculo empregatício com a empresa, tendo em vista a falta de jurisprudência formada nesse sentido, e a consequente insegurança jurídica (COSTA, 2019).

Importante destacar também que esses acordos são feitos sob sigilo, e não são acessíveis, o que acaba por atrapalhar uma análise acerca da possibilidade do reconhecimento do vínculo empregatício.

Após lidarmos com os problemas gerados pelos acordos, de certa forma, obscuros, realizados entre o aplicativo Uber e os motoristas em ações judiciais, é importante retornarmos ao centro da pesquisa do presente trabalho, que é o reconhecimento do vínculo de emprego entre os motoristas e o Uber (COSTA, 2019).

Maurício Godinho Delgado entende que, para ser possível reconhecer a relação de emprego entre o empregado e seu empregador são necessários estarem presentes certos requisitos:

Os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não eventualidade; d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade (DELGADO, 2016, p. 337).

Esses requisitos, que estão presentes no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, já foram analisados separadamente no capítulo anterior, facilitando então o estudo do presente tópico. Além disso, foi apresentado também o artigo 2º do mesmo diploma legal, que trata da definição do empregador.

É muito importante, para analisar se é possível identificar a relação empregatícia entre os motoristas e o aplicativo Uber, uma breve exposição acerca dos Princípios Constitucionais que se relacionam com o Direito do Trabalho.

Nesse sentido, podemos afirmar que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está diretamente relacionado com o Direito do Trabalho, ao garantir ao indivíduo a proteção de sua integridade, uma vez que este não pode ser usado como objetivo para atingir algum objetivo. Por conta do referido Princípio, não é possível a coisificação do indivíduo, ou como no caso em tela, do trabalhador (COSTA, 2019).

Além disso, outras previsões constitucionais que também são de grande importância para o Direito do Trabalho, são os valores sociais do trabalho, previsto pelo artigo 1º, inciso IV da Constituição Federal, a inviolabilidade da intimidade e da privacidade, presentes no artigo 5º, inciso X, também da Constituição Federal, e a busca pelo pleno emprego, também previsto pelo mesmo diploma legal, em seu artigo 170, inciso VIII.

Já os Princípios do Direito do Trabalho que se fazem presentes nessa relação específica entre os motoristas e o aplicativo Uber, temos o Princípio da Proteção, da Norma Mais Favorável, do *In Dubio Pro Operario* e da Primazia da Realidade, que no caso em tela, é o mais relevante (COSTA, 2019).

O referido Princípio da Primazia da Realidade diz que os fatos, a realidade, são mais importantes que os próprios acordos formais. Ou seja, a realidade fática da relação tem mais valor do que o acordo formalizado entre as partes, sendo necessário sobrepor a realidade aos acordos formais sempre que houver discrepância entre eles no caso concreto.

Dessa forma, diante da análise do preenchimento dos requisitos previstos pela Consolidação das Leis do Trabalho analisados anteriormente, é possível identificar se há, ou não, a existência da relação empregatícia entre o motorista e o aplicativo Uber (COSTA, 2019).

Dessa forma, o próximo capítulo analisará, de maneira específica, a decisão proferida no processo nº 0011359-34.2016.5.03.0112, que tramitou na 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, sob o comando do magistrado Márcio Toledo Gonçalves. Destaca-se que a empresa responsável pelo aplicativo Uber, em sede de contestação, alegou ser a Justiça do Trabalho, incompetente de maneira absoluta para julgar o caso, tendo em vista que inexistente vínculo de emprego entre as partes.

Contudo, é importante analisarmos também o processo nº 0010635-18.2017.5.03.0137, que tramitou na 37ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, sob responsabilidade da magistrada Ana Maria Espi Cavalcanti. Nesse caso específico, o reclamante (motorista) era Fernando Harrison Dias. Como no caso apresentado anteriormente, a empresa responsável pelo Uber contestou dizendo que não havia nenhuma relação empregatícia entre as partes, e mais uma vez, pleiteou a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para julgar o caso, afirmando que o reclamante era apenas parceiro do aplicativo, pois não recebia um salário para desempenhar suas funções, muito pelo contrário, pagava pelo uso da plataforma oferecida pelo aplicativo.

Pode-se verificar que nas duas situações o Uber alegou não haver relação de emprego entre as partes, o que afastaria a competência material da Justiça do Trabalho para julgamento da demanda. Entretanto, Ana Maria Espi Cavalcanti esclareceu que,

[...] para fixação da competência material, cumpre investigar a origem do direito postulado, a causa de pedir remota, *in casu*, o alegado vínculo de emprego. Não importa a natureza da matéria discutida, pois a CRFB/88, ao estabelecer a competência material da Justiça do Trabalho para as demandas decorrentes da relação de trabalho, não exige que o direito questionado ou a norma legal aplicável pertença ao campo do Direito do Trabalho. Logo, a demanda decorre de alegada relação empregatícia e portanto, possui natureza trabalhista, o que atrai a competência material da Justiça do Trabalho (BELO HORIZONTE, 2017, p. s. n.).

Dessa maneira, a juíza rejeitou a preliminar levantada pela parte reclamada, da incompetência da Justiça do Trabalho.

No caso exposto anteriormente, o juiz Márcio Toledo Gonçalves fundamentou sua decisão dizendo que:

A determinação da competência material da Justiça do Trabalho é fixada em decorrência da causa de pedir e do pedido formulados na peça de ingresso. Assim, se o reclamante assevera que a relação material é regida pela CLT e formula pedidos de natureza trabalhista, a Justiça do Trabalho é competente para apreciar o feito nos termos do art. 114, I a X, da Constituição da República (BELO HORIZONTE, 2016, p. s. n.).

Ou seja, também negou o pedido de incompetência da Justiça do Trabalho para julgar a demanda apresentado pelo Uber.

Nesse sentido, ensina Leonardo Tibo Barbosa Lima (2019), que para determinar a competência material, o que deve ser considerado é a causa de pedir, em outras palavras, a relação que deu início ao ajuizamento da ação. No caso em tela, a apresentação da situação a apreço do Judiciário se deu por conta do reconhecimento da relação de emprego. Não é possível então que o Uber alegue a incompetência material da Justiça do Trabalho para evitar o julgamento pelo Justiça do Trabalho nos casos ora apresentados, pois nessas demandas, os motoristas alegam serem empregados da empresa, e buscam o reconhecimento desse vínculo empregatício (COSTA, 2019).

Decisão favorável ao reconhecimento da relação de emprego

Mesmo tendo diversas demandas dos motoristas contra o aplicativo Uber, buscando a tutela jurisdicional em objetivando criar um vínculo empregatício com a empresa, ainda não há um entendimento pacificado pelos nossos tribunais no que tange ao tema.

José Eduardo de Resende é Desembargador Federal do Trabalho, e segundo ele existem alguns fundamentos que mostram que pode haver sim o reconhecimento do vínculo empregatício:

1. Direção do Trabalho: É o Uber quem define exhaustivamente o modo de produção: a) define o preço do serviço; b) define padrão de atendimento; c) define a forma de pagamento; d) define e recebe o pagamento; e) paga o motorista; f) centraliza o acionamento do

colaborador para prestar o serviço. 2. Sistema Disciplinar do Uber: Aplica as penalidades aos trabalhadores que infringirem suas normas de serviço. Por exemplo, se o motorista pegar um passageiro na rua, sem ser acionado pelo aplicativo. Estão sujeitos também a penalidade, os motoristas mal avaliados pelos usuários do serviço (CHAVES, 2016).

Segundo Maurício Nanartonis (2016), “[...] os serviços prestados possuem os requisitos que caracterizam a relação empregatícia, como, por exemplo, a pessoalidade e a subordinação, o que acaba sendo possível identificar a relação de emprego”. Tais requisitos foram tratados no capítulo anterior do presente trabalho.

No Brasil, a primeira sentença reconhecendo o vínculo de emprego entre um motorista e a empresa Uber aconteceu na 33ª Vara do Trabalho da Comarca de Belo Horizonte, de estado de Minas Gerais. No caso, o magistrado Márcio Toledo Gonçalves, proferiu uma sentença tendo como base uma outra decisão judicial parecida, que aconteceu em Londres, e condenou a empresa ao pagamento das verbas rescisórias no caso de uma dispensa sem justa causa, e além disso, aplicou também a multa do artigo 477, § 8º da Consolidação das leis do Trabalho, bem como o adicional de 2 (duas) horas extras diárias e seus reflexos no aviso prévio indenizado e também do adicional noturno aplicando um acréscimo de 20% (vinte por cento) do valor remuneratório em relação ao trabalho executado durante o dia, tendo em vista que o motorista desempenhava suas funções também entre as 22:00 horas de um dia até às 05:00 horas do dia seguinte, observando é claro, a hora noturna computada em 52 minutos e 30 segundos, além do pagamento em dobro dos feriados trabalhados e também ao reembolso de R\$ 2.100,00 (dois mil e cem reais) mensais por toda a duração do contrato de trabalho, bem como exigiu da empresa a assinatura da carteira de trabalho do requerente (TRT-BH 0011359-34.2016.5.03.0122) (BELO HORIZONTE, 2016).

O requerente demonstrou em sua inicial que iniciou seu trabalho como motorista no mês de fevereiro de 2015 e observou o contrato ser rescindido de maneira unilateral e de forma abusiva no mês de dezembro do mesmo ano. Disse em sua peça inaugural que existiu sim uma relação de emprego, pautando suas alegações nos seguintes fatos: I) não recebeu nenhuma verba trabalhista a qual fazia tinha direito; II) percebia a título de salário-produção quantia entre R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) e R\$ 7.000,00 (sete mil reais); III) exerceu seu trabalho, em média, 2 (duas) horas extras diárias durante toda a duração do contrato de trabalho; IV) trabalhou durante o período noturno e não recebeu nenhum tipo de adicional noturno; V) trabalhou ainda em feriados e não houve nenhuma compensação ou pagamento em dobro por tal período trabalhado; VI) ao ter seu contrato de trabalho extinto por parte do empregador, não recebera as verbas rescisórias à qual fazia jus, VII) solicitou ao juízo que aplicasse à parte ré as multas constantes no artigo 467 e 477, § 8º da Consolidação

das Leis do Trabalho; VIII) pediu ainda o reembolso dos valores gastos para que fosse possível que realizasse o trabalho e; IX) requereu ainda indenização por dano moral, tendo em vista que teve seu contrato de trabalho extinto de maneira arbitrária (TRT-BH 0011359-34.2016.5.03.0112) (BRASIL, 2016).

Ao fim da inicial, deu o valor à causa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Inicialmente, durante audiência preliminar, existiu uma tentativa de conciliação entre as partes, porém esta restou-se infrutífera. Com o seguimento da audiência, a parte requerida ofereceu defesa e arguiu, preliminarmente, que a justiça do trabalho era absolutamente incapaz para julgar tal ação, e ainda contestou os pedidos expostos na reclamação:

a) ser uma empresa que utiliza a plataforma digital permitindo aos usuários do aplicativo solicitar transporte individual privado a um dos motoristas parceiros; b) a reclamante é quem os contratou através de uma prestação de serviço para captar e conquistar clientes; c) não havia habitualidade entre as partes por não ter dias e horários obrigatórios para realizar as atividades e nem pessoalidade, pois os usuários poderiam ser atendidos por qualquer um dos motoristas disponíveis na plataforma; d) o reclamante não recebeu nenhuma remuneração e que foi ele quem a remunerou pela utilização do aplicativo (TRT-BH 0011359-34.2016.5.03.0112) (BELO HORIZONTE, 2016).

Dessa forma, pediram pela total improcedência dos pedidos formulados pelo requerente, principalmente, pela não caracterização do vínculo de emprego e solicitaram ainda que os autos tramitassem sob sigilo de justiça, além disso, requereram a condenação do requerente por litigância de má-fé, pedidos estes que foram negados.

No caso em tela, sobre a possibilidade ou não da configuração do vínculo de emprego, constatou-se que os requisitos exigidos por lei para que seja possível tal reconhecimento, estavam presentes.

Os requisitos pessoa física e pessoalidade confirmaram-se no exato momento em que a empresa Uber exige um cadastro em sua plataforma para que o motorista exerça sua função, além disso, tal cadastro deve ser acompanhado do envio de diversos documentos pessoais que são enviados à empresa.

Além disso, no site da empresa pode-se constatar que é terminantemente proibido o compartilhamento de contas entre os motoristas, vejamos:

Os termos e condições da Uber não permitem o compartilhamento das contas dos motoristas parceiros. O uso da sua conta por outro motorista se constitui como um sério problema de segurança. Se soubermos que

um motorista não corresponde ao perfil do motorista parceiro exibido pelo aplicativo do passageiro, a conta será suspensa imediatamente e ficará pendente para investigação (UBER, 2017).

E a testemunha que fora arrolada pelo requerente, que também era motorista do Uber confirmou, em seu depoimento que “[...] que não poderia colocar ninguém para ficar em seu lugar, que isso seria uma falta grave, com punição de bloqueio definitivo da plataforma” (TRT-BH 0011359-34.2016.5.03.0112) (BELO HORIZONTE, 2016).

No que diz respeito à não eventualidade, este requisito demonstrou-se preenchido tendo em vista a requerente impor aos motoristas algumas exigências, que foram constatadas por meio de depoimentos das testemunhas no processo:

[...] se o motorista ficar mais de um mês sem pegar qualquer viagem, o motorista seria inativo; que eram enviados e-mails, para que o motorista ‘ficasse com medo’ e voltasse a se ativar na plataforma; que como gestor tinha por meta incentivar os motoristas a estarem ativos (TRT-BH 0011359-34.2016.5.03.0112) (BELO HORIZONTE, 2016).

Já em relação à onerosidade, a requerida pagava aos seus motoristas pelos serviços prestados, gratificando-os até mesmo com bônus uma vez que atingiam determinadas metas impostas pela mesma. Mais uma vez, uma testemunha, que era ex-coordenador de operações da requerida, disse:

[...] que próximo ao Carnaval, por exemplo, o motorista ativado que completasse cinquenta viagens em três meses ganharia R\$ 1.000,00 (mil reais); que no dia do protesto do taxista, no início de 2016, a empresa investigada já sabia que faltariam motoristas na cidade então programou uma promoção especial para o motorista que consiste em cumprir alguns requisitos, por exemplo, ficar online oito ou mais horas, completar dez ou mais viagens e ter uma média de nota acima de 4,7 e, então, o motorista ganharia 50% (cinquenta por cento) a mais de todas as viagens completadas nesse período e com esse padrão (TRT-BH 001135934.2016.5.03.0112) (BELO HORIZONTE, 2016).

Conforme consta no site do Uber, a empresa remunerava os seus motoristas mesmo se estes fizessem viagens gratuitas:

Alguns usuários possuem descontos ou promoções, e este valor é descontado também das viagens em dinheiro, por isso o valor pode ser reduzido ou até R\$0. Não se preocupe, estes descontos são custos da

Uber e você receberá normalmente o valor da viagem em seu extrato (UBER, 2017)

Conforme sentença emitida pelo Juiz Márcio Toledo Gonçalves:

Não resta dúvida, nesse cenário, que a roupagem utilizada pela ré para tentativa de afastar o pressuposto da onerosidade não tem qualquer amparo fático. A prestação de serviço se constitui como relação onerosa, em que o autor ativava-se na expectativa de contraprestação de índole econômica (onerosidade subjetiva) e o trabalho desenvolvido era devidamente remunerado pela ré (onerosidade objetiva) (TRT-BH 0011359- 34.2016.5.03.0112) (BELO HORIZONTE, 2016).

Passando ao requisito da subordinação, no caso analisado aqui, o requerente deveria cumprir as regras impostas pela requerida ao desempenhar sua função de motorista, como forma de se vestir e o que oferecer aos usuários passageiros, correndo o risco de sofrer punições disciplinares se descumprisse. Nesse sentido, a testemunha que também era motorista da Uber disse em seu testemunho:

[...] que nessa oportunidade passaram por orientações de como tratar o cliente, como abrir a porta, como ter água e bala dentro do carro, que são obrigatórios, que teriam que manter a água gelada e estarem sempre de terno e gravata, guarda-chuva no porta malas; que o uso de terno e gravata era só para UberBlack, que também foi passado que o ar condicionado sempre deveria estar ligado, o carro limpo e lavado e o motorista sempre bem apresentado (TRT-BH 0011359-34.2016.5.03.0112) (BELO HORIZONTE, 2016).

E continuou:

[...] que todo o passageiro avalia o motorista ao final da corrida, que a avaliação é medida por estrelas e que o máximo são cinco estrelas e que no mínimo, uma; que essa avaliação é o que mantém o motorista na plataforma; se o motorista obtiver avaliação com uma estrela, a Uber manda um questionário no próprio aplicativo, perguntando para o passageiro o que ocorreu na viagem; que para o motorista a Uber não manda nada, ficando apenas o motorista ciente da porcentagem de estrelas, ou seja, de uma média de sua nota; que quando o passageiro chama, aparece a foto do motorista e sua nota média; que para ser mantido na plataforma, deveria obter nota mínima de 4.7; que três semanas abaixo dessa nota, o acesso à plataforma seria encerrado (TRT-BH 0011359-34.2016.5.03.0112) (BELO HORIZONTE, 2016).

Corroborando, o ex-coordenador de operações da Uber afirmou que:

[...] se o motorista ficasse com média entre 4,4 e 4,7, tomaria os “ganchos” (de dois dias a cada vez) e teria nova chance, até três vezes, antes de ser desativado; que se ficasse com média abaixo de 4,4 era desativado diretamente, sem que pudesse aplicar novamente; que caso aplicasse novamente, não mais seria aceito (TRT-BH 0011359-34.2016.5.03.0112) (BELO HORIZONTE, 2016).

Outra testemunha, que era ex-gerente de marketing da empresa ré também disse:

[...] que na época em que a depoente trabalhou, os interessados tinham que comparecer na sede da Uber para receber treinamento de cerca de duas ou três horas, oportunidade na qual eram repassadas informações relativas à forma de utilização do aplicativo, à forma como os motoristas poderiam se comportar e como deveriam se vestir; que aqueles motoristas que recebiam avaliação baixa eram convocados para refazer o treinamento sob pena de serem excluídos do aplicativo (TRT-BH 0011359-34.2016.5.03.0112) (BELO HORIZONTE, 2016)

No processo ainda existem relatos onde pode-se identificar que a requerida controlava as atividades dos motoristas, estando estes à mercê de sanções disciplinares, suspensões por prazos indeterminados e até mesmo banimento por completo do sistema, se seus atos não estivessem exatamente de acordo com o que a empresa exigia à época, demonstrando assim provas de subordinação dos motoristas em relação à empresa Uber.

Isto posto, considerando o caso concreto e também o preenchimento dos requisitos expostos, o juiz Márcio Toledo Gonçalves reconheceu o vínculo empregatício e deu provimento aos pedidos formulados pelo autor. Além disso, em sua decisão, citou o fenômeno conhecido como “uberização” relatando que o âmbito do trabalho vem sofrendo várias mudanças:

A presente lide examina a chamada “uberização” das relações laborais, fenômeno que descreve a emergência de um novo padrão de organização do trabalho a partir dos avanços da tecnologia. Assim, há que se compreender o presente conflito segundo os traços de contemporaneidade que marcam a utilização das tecnologias disruptivas no desdobramento da relação capital-trabalho (TRT-BH 0011359-34.2016.5.03.0112) (BELO HORIZONTE, 2016).

Segundo o juiz da causa, esse fenômeno é uma das características do capitalismo, onde não se pode simplesmente fazer vista grossa para os avanços tecnológicos e a evolução das relações trabalhistas. Além dessa decisão, algumas outras foram proferidas com teor semelhante à esta em todo o Brasil, onde restou configurado o vínculo empregatício entre motoristas e a empresa Uber.

Considerações finais

O tema abordado no presente artigo foi escolhido tendo em vista sua atualidade e importância para a sociedade, pois afeta diretamente a população faz uso dos aplicativos de transporte, bem como os motoristas.

Pode-se observar que sobre a discussão pairam diversas controvérsias, por exemplo, ainda existem decisões incompatíveis no julgamento de situações semelhantes. Dessa forma, buscou-se fundamentos na doutrina e também na jurisprudência que resultam nessa divisão dos julgamentos.

Mesmo que a tutela jurisdicional esteja ligada ao julgamento de casos concretos, a doutrina se relaciona com a teoria, assim, é necessário unir esses dois pontos controversos para convergirem e apresentar soluções sobre o questionamento se há ou não, vínculo empregatício entre o motorista e o aplicativo Uber.

Para isso, foi necessário extrair da Consolidação das Leis Trabalhistas e legislação específica as normas jurídicas que regulam as relações de emprego no Brasil, bem como decisões judiciais em que a empresa Uber se fez presente no polo passivo, demonstrando especificamente dois julgamentos da Justiça do Trabalho de Minas Gerais, decisões estas antagônicas entre si.

Foram abordadas ainda algumas noções introdutórias sobre o Direito do Trabalho, como por exemplo a diferenciação da relação de trabalho para a relação de emprego, bem como os requisitos que devem ser preenchidos para que esta se caracterize.

A relação que foi desenvolvida possui alguns elementos que podem caracterizar a autonomia, como por exemplo, a liberdade que o motorista possui de escolher quando deseja iniciar seu trabalho, e também quando parar. Além disso, o motorista ainda assume certos riscos do negócio. Porém, tais elementos não excluem outros que podem caracterizar a existência de um vínculo empregatício, pois existe certa forma de subordinação do motorista, uma vez que este não possui nenhum tipo de gerenciamento a respeito do desenvolvimento da atividade, exceto, como dito acima, do momento exato em que deseja desempenhá-la.

Conclui-se que a empresa Uber revolucionou o mercado de transporte passageiros ao fornecer aos motoristas uma forma de parceria, onde vários de seus motoristas cadastrados utilizam da plataforma como uma forma de complementar a renda mensal. Entretanto, é de fácil percepção que a empresa se esforça em criar empecilhos para dificultar a configuração de relação de emprego.

Um exemplo dessas dificuldades impostas pela empresa pode ser as expressões utilizadas, como quando o trabalhador é contratado e pode iniciar suas corridas, o aplicativo se expressa da seguinte maneira: "acolhido para trabalhar na plataforma". Ou quando o aplicativo revela a mensagem "exclusão da plataforma", que pode facilmente ser traduzida como extinção unilateral do contrato de trabalho.

Finalmente, também se questiona se existe ou não a possibilidade da configuração do vínculo empregatício entre motorista e aplicativo, trazendo dois julgamentos que tiveram sentenças opostas, objetivando demonstrar as tendências favoráveis e também as desfavoráveis à tal reconhecimento. Assim ficou claro que o tema ainda demanda grande estudo e bons debates até que seja possível chegar a um consenso.

Observou-se que essas novas relações que surgem com o avanço da tecnologia sempre são alvos de grandes controvérsias, e cabe ao Direito tratar de encontrar formas de dirimir as demandas que lhe são apresentadas, fornecendo à todas as partes segurança jurídica e proteção dos princípios, direitos e garantias de todos.

Dessa forma, conclui-se que o Direito do Trabalho ainda não é capaz de abranger todas as possibilidades fáticas que se fazem presentes em um mundo em constante evolução, marcado pelo capitalismo que exige a todo momento uma incessante evolução tecnológica, necessitando então que sejam criadas legislações específicas para regulamentar as novas relações de emprego, mais especificamente, como no caso em tela, o trabalho desempenhado pelos motoristas cadastrados na plataforma do Uber.

Referências

- ALEXANDRINO, M. *Direito do Trabalho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- BARROS, A. M. de. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- BELO HORIZONTE. *Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, em Processo nº 0011359-34.2016.5.03.0112*. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/128569054/processo-n-0011359-3420165030112-do-trt-3>>. Acesso em: 19 jan. 2020.

- BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*: decreto-lei nº 5.452 de 1 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 12 set. 2019.
- CASSAR, V. B. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Impetus, 2010.
- DELGADO, M. G. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- RESENDE, R. *Direito do trabalho esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.
- ROMAR, C. T. M. *Direito do trabalho esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SILVA, H. B. M. da. *Curso de direito do trabalho aplicado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- UBER. *Como a Uber funciona*. 2017. Disponível em: <<https://www.uber.com/br/pt-br/about/how-does-uber-work/>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

ARTIGOS

Articles

Literatura e direito: a origem social da ficção de detetive

Literature and law: the social origin of detective fiction

Luís Otávio Hott*

Resumo: A origem da ficção de detetive, também conhecida como ficção policial, está intimamente ligada ao direito. A estética deste gênero evoluiu como uma modalidade de literatura socialmente simbólica, cuja função não é apenas o entretenimento próprio da cultura de massa, mas, também, a representação de ansiedades que emergem juntamente às transformações sociais. Com a leitura de obras de Edgar Allan Poe, podemos compreender como o gênero surgiu no final do século XIX, em decorrência de mudanças sociais drásticas que compunham a égide da modernidade. Desta forma, pretendemos traçar um panorama crítico da história da ficção de detetive, procurando interpretar como o desenvolvimento deste tipo de ficção se relaciona com o direito.

Palavra-chave: Ficção de detetive; Literatura norte-americana; Modernidade; Direito.

Abstract: The origin of detective fiction, also known as detective fiction, is closely linked to law. The aesthetics of this genre has evolved as a mode of socially symbolic literature, whose function is not only the entertainment of mass culture, but also the representation of anxieties that emerge together with social transformations. By reading works by Edgar Allan Poe, we can understand how the genre emerged at the end of the 19th century, as a result of drastic social changes that were part of the aegis of modernity. Thus, we intend to trace a critical overview of the history of detective fiction, seeking to interpret how the development of this type of fiction relates to law.

Keywords: Detective fiction; American literature; Modernity; Law.

Recebido em: 21/10/2022

Aprovado em: 3/12/2022

* Doutor em Estudos Literários pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estágio de pesquisa na Freie Universität Berlin. Mestre em Teoria da Literatura pela Universidade Federal de Minas Gerais, Graduado em Letras pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Lecionou como Professor Substituto na Universidade Federal do Rio de Janeiro e atualmente leciona na Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste). E-mail: luisotaviofadileste@gmail.com.

A origem do gênero policial

Edgar Allan Poe (1809-1849) publicou em 1841 o conto “Os assassinatos da Rua Morgue” e em seguida “A carta roubada”. No ano seguinte, “O mistério de Marie Roget”. À primeira vista, essas histórias, que ele chamou de “contos de raciocínio”, apresentavam uma trama aparentemente ingênua sobre a investigação de um mistério, e logo proporcionaram uma popularidade inédita para o autor. Porém, esses contos resultam, sobretudo, na formulação de um novo gênero literário: a ficção de detetive¹. Poe percebeu um novo fenômeno social, com raízes no recente processo de urbanização: o aumento da criminalidade, roubos e assassinatos que não eram solucionados pela polícia. Para ele, um crime não passava de uma espécie de código a ser decifrado: desde que se conhecesse o objeto do delito, o *corpus delicti*, encontrar o culpado se tornava uma questão de simples pensamento lógico, de racionalidade analítica, de investigação detetivesca.

A obra de Edgar Allan Poe é, com frequência, associada ao início da modernidade literária, e, com efeito, o autor abordou as questões mais importantes de seu tempo, a primeira metade do século XIX, momento de profundas transformações sociais, provocadas pela emergência da economia industrial. Poe construiu a imagem do homem moderno em seus contos, sendo uma destas imagens a do próprio detetive. Este, apesar de se posicionar fora das práticas sociais predominantes de sua época, corporifica um paradigma epistemológico estruturalmente semelhante ao que impele as transformações sociais no início do século XIX, o que chamamos de “modernidade”. O constructo do arcabouço tradicional da ficção de detetive revela uma visão de mundo essencialmente moderna, fiel ao projeto iluminista que buscava a revelação da verdade através da razão.

O detetive de Poe, Chevalier Auguste Dupin, possui um “intelecto puro” e um “sentido moral” (POE, 2012, p. 16); dotado da mais refinada inteligência, é um “apreciador de enigmas, charadas, hieróglifos” (POE, 2012, p. 301). Jaques Lacan em seu *Seminário sobre “A carta roubada”* descreve Dupin como uma “máquina de pensamento” (1998, p. 14), um logicista brilhante que atua na criminalística. A imagem do detetive como epítome da aplicabilidade da racionalidade e do método científico que nasce com

¹ O termo “ficção de detetive”, que neste estudo será usado com mais recorrência, designa uma ficção cuja característica marcante é a presença do detetive e sua importância como elemento de sustentação da narrativa, segundo a tradição norte-americana da *detective fiction*, que se diferencia da literatura criminal. Apesar de ambas se ocuparem do crime como objeto literário, a literatura criminal não apresenta necessariamente a figura do detetive. Outro termo comum que utilizaremos é “ficção (ou literatura) policial”, que aparece sobretudo na América Latina em países de língua espanhola ou portuguesa, designando um espectro mais amplo. Embora os termos sejam intercambiáveis, existem pequenas diferenças no uso de cada um deles.

Dupin é, certamente, um fator fundamental do talento do detetive para conquistar a imaginação do mundo. Seu objetivo não é ético, mas lógico. Seguir pistas, decifrar enigmas, esclarecer mistérios: fazer com que o caos dos indícios se torne um mundo de signos. Ele é como o oráculo das sociedades antigas revelando a verdade, exhibe na solução de cada enigma “um grau de *acumen* que para a percepção comum assume ares sobrenaturais”. Seus resultados, “obtidos pelo próprio espírito e essência do mérito, têm, na verdade, todo um aspecto de intuição” (2014, p. 301). De acordo com Bertold Brecht (2003, p. 25-26), “todo o sistema de concepção do escritor de romances policiais está influenciado pela ciência”, por isso esse tipo de romance “satisfaz as necessidades dos homens de uma época científica”.

Em “Os assassinatos da Rue Morgue”, um monstro é o assassino, um orangotango, um animal selvagem solto na selva urbana de Paris. O evento é racionalmente explicado, afinal, somente um monstro poderia ser o responsável pela barbárie e selvageria dos assassinatos praticados. O que diferencia a ficção de detetive da literatura de terror, mesmo que ela possua um caráter científico, como o *Frankenstein* de Mary Shelley, é que no final o detetive é capaz de conter o monstro com sua capacidade analítica “supernatural”, ele incorpora o monstro da razão, é o porta voz da perversidade da civilização. O detetive não quer assustar os leitores, mas convencê-los. Por isso apela à razão. Quer fazer com que os leitores reflitam sobre os problemas que os afligem e que concordem que estes problemas podem ser solucionados por eles mesmos.

A ficção de detetive assusta o leitor com o relato da cena grotesca do crime para, em seguida, acalmá-lo, assegurando que o responsável será levado à justiça. No caso desse conto em particular, como o assassino é um orangotango perdido em Paris, nenhuma punição é executada. Como acontece no horror, para que o medo se forme, a razão precisa encontrar a insegurança. Porém, na ficção de detetive, o medo é resolvido dentro do próprio texto, por isso a narrativa é contada no passado pelo narrador que presenciou o acontecido e agora o relata. O passado atenua os traumas, o caos é substituído pela ordem, o choque pela reflexão, a dúvida pela certeza – o detetive assegura que o *desconhecido*, capaz de provocar o medo, seja racionalizado. Absolutamente nada na ficção de detetive escapa à compreensão racional. Por isso, podemos associá-la à literatura de terror. Poe racionalizou o gótico, expurgando o medo – daí nasce o gênero detetivesco.

Edgar Allan Poe foi o criador da ficção de detetive não por ter sido o primeiro a escrever sobre um mistério e sua investigação, mas porque foi o primeiro a introduzir o termo “detetive” no universo literário. Como se sabe, o autor produziu uma obra ampla (poemas, contos, ensaios, crônicas, um romance, uma *Marginalia*, uma peça de teatro, inúmeras resenhas e uma cosmogonia) e escreveu para muitos periódicos de sua época, alguns aclamados – no entanto, sua criação célebre é, sem dúvida, a ficção

de detetive. Siegfried Kracauer afirma que a obra de Poe “cristaliza com clareza e pela primeira vez a figura do detetive de maneira pura, e lhe confere uma expressão válida” (2010, p. 23). Essa afirmação está de acordo com Ricardo Piglia: “Poe inventou uma nova figura e assim inventou um gênero” (2006, p. 76). Ainda para Piglia (1993, p. 23), as “regras do policial clássico se afirmam sobre todo um fetiche da inteligência pura. Se valoriza, antes de mais nada, a onipotência do pensamento e da lógica imbatível dos personagens encarregados de proteger a vida burguesa”.

A partir dessa fórmula construída sobre a figura do detetive como grande racionalista, cria-se um gênero que acompanha essa personagem ao longo da investigação, a qual levará à resolução do enigma, à revelação da verdade e, com isso, à reafirmação da ordem social e moral, enfim, da estrutura ideológica da sociedade burguesa. A ficção de detetive apresenta uma ideologia de restauração da ordem lógica, que coincide com sua adesão a um sistema de valores além de qualquer defesa. Professando salvaguardar o indivíduo, ela apenas corrobora sua anulação. Apresenta a sociedade como uma grande corporação: aquele que quebra o contrato está condenado. Pensar por si próprio, seguir seus interesses – estes são os verdadeiros perigos sobre os quais esta literatura deseja nos alertar. Conservadora, apesar de propagar uma ideologia liberal, ela promete uma sociedade integrada por completo: o capitalismo como totalidade. Por isso, para Kracauer, a ficção de detetive é caracterizada pela ideia de “uma sociedade civilizada por completo, racionalizada” (2010, p. 24).

Tal ficção condensa na forma literária a ideologia da obsessão moderna pela perfeição, o que a caracteriza, acima de tudo, é a tendência à resolução do enredo, ao fechamento da trama, eliminando, assim, as “fissuras do texto”, estes “espaços de ansiedade”. Seu fechamento se assemelha ao fechamento da cultura capitalista moderna, obcecada pela ideia de perfeição e completude. É no texto literário que a ideologia está presente de forma especialmente bem-sucedida. Como afirma Franco Moretti (2003, p. 150), a “literatura é a forma mais perfeita de comunicação ideológica”. Se um texto é explicitamente ideológico, ou realiza a crítica social em sua superfície, o trabalho do crítico está feito por ele. É somente quando o texto se fecha, oculta seu posicionamento ideológico, que a tarefa do crítico se torna desafiadora. Esse é o caso da ficção de detetive: ao mesmo tempo em que ela exerce uma função ideológica, também fornece, ao leitor atento, as pistas da sua tessitura social, de modo que elas possam servir de matéria para uma compreensão crítica da sociedade.

A origem da ficção de detetive está diretamente associada à consolidação da sociedade burguesa no século XIX, seu surgimento está relacionado a fatores sociais e políticos específicos deste momento histórico: o processo de urbanização, o crescimento demográfico das cidades, a expansão da indústria e do mercado. Desta forma, o gênero incorpora em sua estrutura os elementos essenciais de seu momento

histórico, revelando-se assim como representação literária das contradições da sociedade capitalista emergente. A principal função ideológica da ficção de detetive é a reafirmação da razão “natural” da ordem social. O detetive se transforma no herói porque ele encarna os valores da sociedade e luta por eles, assume uma figura heroica pois é responsável por uma catarse na narrativa. A solução do mistério, simbolicamente, impede a desestruturação da ordem social. O detetive é o herói moderno, que reestabelece a ordem social, dá segurança a uma sociedade assombrada pelo medo, “pelo terror da desorientação e da desintegração, o terror da vida que se desfaz em pedaços” (BERMAN, 2013, p. 21). De acordo com Kracauer (2009, p. 106), o “sucesso desses romances está ligado à satisfação de instintos de longa duração e de expectativas profundas”. Em sua tentativa de fazer entender o funcionamento do mundo, a ficção de detetive ajuda a apaziguar intranquilidades sociais profundas.

Na leitura atenta dos três contos de detetive de Poe, “Os assassinatos da Rue Morgue”, “O mistério de Marie Roget” e “A carta roubada”, publicados entre 1841 e 1844, podemos observar que eles desempenham um papel central na figuração da experiência histórica do problemático processo de modernização dos Estados Unidos. A emergência da indústria e do mercado nas cidades norte-americanas do século XIX levou também um grande desenvolvimento do mercado editorial, que incluía a literatura popular e o jornalismo sensacionalista. Poe vivenciou de perto a industrialização norte-americana; como escritor comercial, se inseriu no mercado editorial da época, e sua obra registra suas insatisfações com o público leitor e com as relações de produção. Por um lado, lutou pela melhoria das relações de trabalho entre escritores, editores e donos de periódicos; por outro, ajustou-se às demandas do mercado, mas também o ajustou às suas necessidades enquanto escritor. Poe utilizou a seu favor as condições que o oprimiam; embora, até o fim da vida, tenha tido pouco sucesso, sobretudo econômico, nem por isso se rendeu completamente às condições de produção do mercado, estabelecendo para si uma posição de resistência individual, cujo custo foi sua própria danação. Poe foi chamado de maldito, excêntrico, sinistro, sendo até mesmo temporariamente expurgado do cânone literário norte-americano, no qual foi reinserido num passado recente.

O escritor desenvolve um posicionamento cada vez mais crítico de seu contexto. Seu confronto primário é com a economia capitalista e com o papel que esta reservava ao escritor com a comodificação da literatura. Para se sustentar, contando exclusivamente com sua produção literária, Poe teve de desenvolver técnicas para conquistar o público consumidor. Construiu sua carreira nas revistas, trabalhando como editor e escrevendo críticas, participou de um mercado extremamente competitivo e a isso se relaciona a criação do novo gênero. Desta forma, é possível vermos a formação da ficção de detetive – uma forma literária surgida no e para o mercado capitalista de

literatura – como uma resposta simbólica às circunstâncias que o escritor enfrentou, tanto individual quanto socialmente. Poe tomou uma posição em sua prática literária, embora ela não corresponda a sua posição política em âmbito geral, principalmente seus posicionamentos conservadores em relação à escravidão e à cultura sulista. Sua obra é marcada pela contradição constituinte da colonização norte-americana que, de acordo com Max Weber (2004, p. 125), “é dominada pela rígida oposição entre os *adventurers*, que queriam organizar plantações com mão de obra servil, e nelas viver senhorialmente, e a mentalidade tipicamente burguesa dos puritanos”.

Outro aspecto da ficção de detetive desde seus primórdios é que ela se encontra na encruzilhada entre o gênero literário e a cultura de massa. Não é ainda cultura de massa, mas tampouco se trata de um gênero literário no sentido tradicional. Isso se deve a sua função social mais proeminente: absorver determinados medos de maneira a apresentá-los de uma forma diferente do que a real, transformando esses medos em outros, exagerando-os, dramatizando-os, para que, dessa forma, os leitores não precisem encarar aquilo que realmente os assusta. É uma função “negativa”, distorce a realidade: mistificação das massas que prepara a sensibilidade para a próxima etapa do capitalismo e da cultura de massa. O que diferencia a ideologia da ficção de detetive é a sua capacidade de transmitir uma experiência que se aproxima da realidade. Geralmente, na literatura, as metáforas são produzidas pelo escritor e percebidas pelo leitor pelo que elas são, metáforas. Porém, na ficção de detetive essa regra não pode ser aplicada. Segundo Moretti (1983, p. 106), “comumente neste tipo de ficção tomamos o sentido figurativo como literal”. Dessa forma, o assassinato que desencadeia a investigação e que coloca em cena a personagem do detetive não é visto como metáfora, mas como um assassinato na vida real. A ficção de detetive adverte a população urbana da possibilidade de um assassinato e de que este deve ser punido pelas autoridades competentes, não pelo próprio indivíduo. Ela confirma o monopólio da punição detido pelo Estado.

O gênero é fundado por uma ambivalência essencial. Por um lado, é um exemplo extremo da ideologia liberal burguesa de acordo com a qual a sociedade deve se autorregular com base nos mecanismos impessoais e automáticos do mercado econômico. De acordo com Moretti, a ficção de detetive é o “executor do liberalismo, em todos os seus sentidos fundamentais” (1983, p. 155). A visão liberal da sociedade advogava a ideia de que o Estado deveria agir apenas como um “vigilante”, uma entidade invisível que se limita a assegurar o respeito às leis – em particular, às leis da economia. Isso se reflete em uma imagem específica da cultura – o sistema científico da ficção de detetive como *extrema ratio*, a acumulação de dados para serem usados somente em caso de emergência, como instrumento de defesa, não de desenvolvimento social.

Antes de Edgar Allan Poe: as *Mémoires de Vidocq*

A formação do gênero *ficção de detetive* se deve a uma mudança crucial do ponto de vista do que ocorreu no contexto da teoria romântica e se desenvolveu por completo no âmbito da ideologia burguesa – quando autor e leitor passam a acreditar no sujeito individual como base de uma experiência real e a enxergar a coletividade como ameaça. Esta é a principal novidade que a ficção de detetive apresenta no campo ideológico. Na ideologia das sociedades urbanas, modernas, industriais, a coletividade passa a ser percebida como ameaça ao indivíduo, que deve se posicionar acima dela, principalmente para sobreviver na competição do mercado capitalista num momento em que o racionalismo tornou-se mais do que uma forma de inquérito e passou a ser usado como forma de dominação; quando o profissionalismo, a especialização e o rigor científico tornaram-se valores refletindo a divisão do trabalho e as formas de trabalho burguesas. Somente assim o detetive poderia surgir como herói cultural responsável por trazer um senso de segurança e reconfortar milhões de indivíduos.

Antes de chegarmos a Edgar Allan Poe, fundador do gênero, devemos lembrar aquele que talvez tenha sido o primeiro detetive na vida real e na literatura: o criminoso e policial Eugène François Vidocq. Sua autobiografia apresenta pela primeira vez um detetive profissional na literatura e, portanto, possui considerável importância histórica. Se simplificações positivistas forem deixadas de lado, e passarmos a considerar o texto de Vidocq por sua função ideológica, o livro *Mémoires de Vidocq: Chef de la Police de Sûreté Jusqu'en 1827* (publicado pela primeira vez em 1827, torna-se sucesso de público em sua reedição ampliada em 1828) possui um efeito curiosamente ambíguo. Até certo ponto, a obra é surpreendentemente realista, no entanto, possui também tendências exageradas e melodramáticas. De acordo com Stephen Knight, este caráter dúbio “deriva dos dois níveis de autoria, as experiências reais de Vidocq e aquilo que ele mesmo escreveu, e a imaginação daqueles que reescreveram e traduziram a sua obra” (1980, p. 28). Os escritores profissionais que foram contratados para reescrever a obra de Vidocq modelaram-na em direção a uma estética romanesca, compondo um romance dividido em quatro volumes e dirigindo sua visão de mundo para coincidir com a forma narrativa daquilo que mais tarde se tornaria a ficção criminal.

Vidocq era um criminoso que se transformou em informante da polícia, com tamanho sucesso que em 1811 se tornou um agente de inquérito da recém-fundada polícia nacional francesa, um agente à paisana da *Sûreté*. Quando se aposentou em 1827, ele arranhou a publicação de suas memórias, dois volumes saíram em 1827 e mais dois em 1828. As memórias narram como ele conseguiu sair do sistema prisional francês até se tornar um membro da polícia, expondo ainda seus métodos para capturar criminosos. Tipicamente, Vidocq recebia casos particularmente difíceis, conseguia capturar e criar

provas contra criminosos violentos, geralmente os que a polícia tinha dificuldades em levar à justiça e que eventualmente eram seus cúmplices em atividades criminosas anteriores à sua carreira como policial. Ele possui informantes ou se infiltra em gangues, conseguindo informação com seus métodos privados. Os crimes são geralmente roubos com uso de violência ocorridos em Paris. Os criminosos são descritos como sujeitos hostis, inimigos poderosos, não como membros aberrantes da sociedade, e Vidocq sempre os supera com sua astúcia e métodos infalíveis. No entanto, seu caráter difere do detetive que viria a ser criado por Edgar Allan Poe: este é mais racional, comedido, metódico; enquanto Vidocq é retratado como um homem de ação, um herói de caráter enérgico, vivaz, rápido, não havendo entre os eventos demasiadas ligações racionais, friamente calculadas. Vidocq age pelo ímpeto, reagindo espontaneamente às ameaças que surgem quando sua sorte se vira contra ele ou é ameaçado por um rival.

Para Vidocq, o importante é mostrar a realidade do combate entre ele e os criminosos que persegue. Ainda que a figura do detetive heroico já esteja presente em Vidocq, como aquele que irá ser o responsável por restaurar a ordem, a visão da realidade que ele apresenta partilha muito pouco com a ficção detetivesca posterior à sua obra. Ele quer demonstrar que seu mundo não é analisável em termos conceituais, ele é imprevisível, repleto de ameaças súbitas. O herói ganha seu valor através da honra e demonstrando sucessivamente como responde com rapidez às sublevações inesperadas, conseguindo sempre reestabelecer a ordem. Mas ele não se envolve em uma explicação sistemática dos eventos, uma ligação compreensível de causa e efeito. Tanto que, de acordo com Knight, Vidocq acusa um de seus editores de "enfeitar" a trama, para criar a forma de um roteiro unificado, onde os incidentes podem ser encadeados de forma a criar a ilusão de uma motivação. "Uma prisão em um capítulo gera informação que será utilizada por Vidocq para realizar uma outra prisão no capítulo posterior". Para Knight, "estes detalhes indicam que as memórias se transformaram de sua estrutura episódica para uma narrativa mais orgânica" (1980, p. 30).

No capítulo XXVII, Vidocq tenta capturar Constantin Gueuvive e seus homens. Ele se infiltrou na gangue, agindo como vigia durante um roubo. Quando os criminosos estão dividindo o espólio, Vidocq avisa à polícia, que invade o local para realizar as prisões. Mas ele não quer se revelar para seus cúmplices. Na versão original, a cena desdobra-se da seguinte forma: "de repente, levanto-me e escorrego para debaixo da cama: os golpes redobram, somos forçados a abrir. No mesmo instante, um enxame de inspetores e outros oficiais de polícia invadem o quarto". Esta versão é simples e ágil, não há um detalhamento exagerado do evento. No entanto, a edição de 1859 está mais interessada em nos contar como Vidocq se escondeu do que se concentrar na espontaneidade dramática da narrativa: "Em meio à confusão ocasionada por estas palavras, e o aumento das batidas na porta, eu consegui, inobservado, rastejar para

debaixo da cama, onde eu me escondia de forma escassa quando a porta se abriu e um enxame de inspetores e outros oficiais de polícia invadiram o quarto” (apud KNIGHT, 1980, p. 31). Ao reescrever o material de Vidocq, que deveria possuir o formato original de notas sobre sua vida, os intelectuais encarregados do trabalho incluíram nele uma dramatização de sua própria ideologia. O detetive herói é ainda um homem rude e não-intelectual, mas suas façanhas são apresentadas em termos que correspondem à racionalidade individualista burguesa que permeia o romance clássico.

Apesar destas alterações, muito do que se relaciona com uma visão de mundo anterior, que o próprio Vidocq aparentemente possuía, sobreviveu na obra. Uma série de convenções literárias são usadas para que o excitação e a tensão sejam aumentados nas cenas. A presença destes elementos seria indicativo de que a obra não pertence à alta cultura. E parece ser este mesmo o desejo de Vidocq, que sua obra não seja apresentada como alta cultura. Ao contrário da ficção detetivesca de Edgar Allan Poe, a obra de Vidocq, que é não-cerebral e não-alienada, é originada de uma visão integrada da sociedade, previamente estabelecida, profundamente envolvida com a vida ordinária. A obra de Vidocq reflete o processo social em andamento como realidade da vida ordinária, o mundo que Vidocq nos apresenta, apesar das reedições de sua obra, não pode ainda ser completamente compreendido pelos seres humanos que nele habitam, e Vidocq não o tenta fazer. Suas histórias se relacionam mais com contos folclóricos do que com os detetives racionais modernos.

Como argumenta Knight, um “conjunto típico de crises – com uma herança óbvia do folclore e da cultura popular – revela o disfarce de Vidocq”, sua astúcia diante do mal é tamanha que, “não apenas derrotado, o inimigo é feito de tolo pelo herói” (KNIGHT, 1980, p. 32). A questão em jogo para Vidocq é sua honra, sua coragem, sua espontaneidade e vivacidade, nisso reside seu caráter heroico. A ficção de detetive posterior dará maior importância à metodologia empregada pelo detetive, seu método científico intelectualizado. Vidocq, ao contrário, segue seu *bon génie* irracional e intelectualizá-lo seria diminuir a autenticidade de seu caráter heroico. Apesar de usar de melodrama, a base de seu sucesso ainda é o realismo de seu trabalho como policial. Trabalho duro, informação, suborno, atividade infiltrada são os meios pelos quais Vidocq atinge seus objetivos. Como os heróis da antiguidade, com coragem e perseverança, mas ao mesmo tempo apoiado pela instituição da polícia francesa, Vidocq é um detetive socialmente integrado, com poderes dentro da normalidade – a figura do detetive ainda não possuía seus poderes raciocinativos extraordinários, como posteriormente em Poe e Doyle.

Como herói não alienado, Vidocq usa a sabedoria popular, a vida ordinária, mesmo nos momentos mais melodramáticos, ele “não é um herói isolado como os detetives posteriores serão, ele trabalha para a polícia, está sempre em contato íntimo com as pessoas de Paris, protegendo-as e às suas propriedades”. Vidocq não é um homem

na multidão. Suas habilidades são mais desenvolvidas do que as dos policiais comuns, pois, devido ao seu tempo como criminoso, ele conhece as formas pelas quais estes atuam. Ele é um herói que age com e pelas pessoas, não um herói que se distingue por sua inteligência isolada e alienada. Frequentemente entra em conflito singular com um criminoso, porém, ao contrário da ficção detetivesca posterior, esse conflito não é a personalização do bem pelo detetive e do mal pelo criminoso; essa antinomia ainda não está desenvolvida. Esta separação entre o detetive e o criminoso, colocando um como portador do mal e o outro como representação do bem da sociedade, desde o princípio possui um objetivo claro: "obscurecer a base social e histórica do crime e do conflito, mantendo a mistificação individualista da ideologia burguesa" (KNIGHT, 1980, p. 34).

De acordo com Knight, Vidocq enxerga os criminosos como uma classe inimiga: "suas áreas, linguagem e relações os unem como inimigo comum". O senso de classe dos criminosos é baseado na moral, não em critérios econômicos ou sociais, e assume que não existe outra forma de classificação dos indivíduos a não ser o bem e o mal. As narrativas de Vidocq afastam-se do individualismo burguês ainda através de sua estrutura: Vidocq luta muitas batalhas contra os membros da classe criminosa, mas nenhuma delas é central. Dessa forma, ele age como um herói cavalheiresco ou do folclore, repetindo suas vitórias de forma reconfortante para os leitores. Essa estrutura episódica "replica uma sociedade que acredita em si mesma como integrada, mas não compreensível em termos analíticos" (KNIGHT, 1980, p. 34-35).

O passado criminoso de Vidocq é demonstrado em suas histórias com finalidade específica: "uma plateia tanto ignorante quanto amedrontada pelo crime e pelos criminosos precisava sentir que seu herói está equipado com conhecimento e experiência superiores que justificassem seu sucesso" (KNIGHT, 1980, p. 36). A ficção detetivesca posterior irá trazer uma outra dinâmica, própria da sociedade burguesa: o conflito entre o detetive e o criminoso como seres próximos ou idênticos representa nosso próprio conflito interno entre o comportamento egoísta, antissocial, e a aceitação das sanções sociais. Porém, ao contrário, Vidocq é mais "integrado com a sociedade do que os detetives posteriores: seu conhecimento é funcional, ele já foi um criminoso, quando detetives posteriores, mesmo quando em contato com o crime, se distanciarão da realidade criminal, assim como se alienarão da sociedade que protegem" (KNIGHT, 1980, p. 36). Este detetive não é de modo algum uma figura individualista, racional e alienada, sua visão reflete valores morais cristãos. No entanto, já existe em Vidocq, como em toda ficção detetivesca posterior, o sonho subjetivo de ordem criado por valores que na realidade são inapropriados diante dos conflitos sociais que se manifestam através do crime. O detetive individual alienado será posteriormente criado fundindo-se tendências românticas e iluministas, que se apresentam para a sociedade burguesa como virtudes. Este personagem será responsável por consolar as ansiedades sociais

geradas pelo crime que começam a se formar. O começo daquilo que reconhecemos como ficção de detetive surge somente no trabalho de Edgar Allan Poe, que em apenas três contos criou uma figura mítica que persevera até a atualidade: Auguste Dupin, o primeiro detetive.

No entanto, antes de Edgar Allan Poe escrever as histórias que deram origem à ficção de detetive, existiram outros escritores que lhe serviram de inspiração. Em contraste com o desenvolvimento vagaroso do romance policial, a emergência do conto como forma literária foi rapidamente seguida do aparecimento do conto policial. As *Mémoires* de Vidocq poderiam ser concebidas como uma série de escritos deste gênero, apesar de não possuírem um caráter estritamente literário. Embora Dupin, em completo contraste com Vidocq, seja um homem de cultura, habilitado a discutir química, antropologia, análise algébrica, sua opinião sobre a polícia francesa reflete a rivalidade entre Vidocq e a polícia. A desavença entre Vidocq e a polícia havia se tornado pública em 1836, quando a polícia o processou, desacreditando seus métodos e o sucesso de suas práticas. O veredicto foi dado a favor de Vidocq, aumentando ainda mais a sua fama. Porém, a sorte de Vidocq não durou muito, em 1843, um segundo processo por parte da polícia o fez ir para a prisão. Poe escreveu suas histórias em 1841 e 1842, quando a reputação de Vidocq permanecia intacta e a polícia ainda estava em descrédito.

Porém, é na Inglaterra que os escritores começaram a experimentar esta forma literária de modo mais amplo, com publicações na revista *Blackwood's* a partir de 1817. Poe, que lançou seu primeiro volume de poesia em 1827, *Tamerlane and Other Poems*, percebeu através do sucesso comercial da revista inglesa que seria necessário concentrar na escrita de ficção para viver de seu ofício de escritor. De acordo com A. E. Murch, ele estudou cuidadosamente as histórias populares da *Blackwood's*, com especial atenção à construção literária e aos temas apresentados, aprendendo assim as técnicas que empregou nas histórias góticas e de detetive que viria a escrever e pelas quais é lembrado.

Outros contos de Poe também podem ser interpretados como precursores do conto policial: "O escaravelho de ouro", 1843, e "Tu és o homem", 1844, além daquele que deu origem a todos os outros, "O homem da multidão", 1840. "O escaravelho de ouro" não foi publicado até 1843, quando ganhou um prêmio de cem dólares em uma competição oferecida pela *The Dollar Magazine*. Poe havia escrito a história anteriormente, entre 1827 e 1829, quando servia no exército em Fort Moultrie, na mesma Sullivan Island, costa da Carolina do Sul, em que se passa a história, uma caça a um tesouro enterrado, do notório capitão Kidd. O ponto central é o escaravelho de ouro encontrado numa praia, objeto de devoção de Willian Legrand. Como Dupin, ele provém de família ilustre, mas em decadência, perdeu todos os seus bens no continente

e resolveu residir em uma pequena ilha. O desencadeamento da narrativa dá-se quando Legrand encontra na praia o escaravelho de ouro e um pergaminho com desenho de uma caveira. A partir daí, ele passa a se dedicar à busca de um tesouro de pirata. Ele se embrenha na selva e depois de alguns erros de cálculo encontra um baú repleto de joias de ouro e diamantes. Trata-se, apesar de não haver os elementos essenciais, de uma história policial, em certa medida, uma narrativa de detecção, um jogo de raciocínio – elementos que viriam a compor a narrativa detetivesca posteriormente.

Em “Tú és o homem”, publicado na revista *Godey’s Lady’s Book*, na Filadélfia, em 1944, é o narrador que age como detetive, em uma cidade pequena do interior dos Estados Unidos. Apesar de se tratar de um conto de detetive, onde se revela a identidade de um assassino, não existe nenhuma menção à “ciência da detecção”, é uma história simples, que contém diversos elementos novos na narrativa de Poe: o tribunal por assassinato, um rastro de pistas falsas e, inesperadamente, a culpa da pessoa menos esperada, criando um precedente para as histórias de Agatha Christie.

Poe formou a estrutura de diferentes formas de narrativas de detecção: “O homem da multidão” é uma história de perseguição, um *thriller*; “Os assassinatos da Rue Morgue” é o típico conto policial do século XIX ou início do século XX, onde o detetive resolve os mistérios com o uso de sua inteligência; “O mistério de Marie Roget” é um conto onde o detetive resolve o caso sem sair de sua poltrona, apenas com sua capacidade analítica; “A carta roubada” é um conto de chantagem, de traição, de intriga; “O escaravelho de ouro”, um conto de decifração do enigma; “Tu és o homem” descreve um crime ocorrido em uma cidade pequena, sob os olhos de todos, e no final se revela que o criminoso é um cidadão respeitado, desmascarado no último momento pelo detetive. Dessa forma, vemos como Poe desenvolveu aos poucos um formato para aquilo que seria a ficção de detetive posterior; seus contos são elementares para se entender qualquer narrativa de detecção.

O crime na literatura: a história social da ficção de detetive

Uma fonte importante para a configuração da ficção de detetive são os romances góticos da Inglaterra do século XVIII, cujo primeiro representante foi *O castelo de Otranto*, de Horace Walpole, de 1764. A partir dessa publicação surge uma literatura voltada para a transgressão de normas morais como tema principal da narrativa. O que motiva as histórias é sempre um crime cometido no passado, mas ainda não revelado, que por isso permanece impune, embora cause tormentos psicológicos ao criminoso, geralmente alguém pertencente à aristocracia. Nestas histórias, o criminoso sempre se denuncia ao final da narrativa, devido à sua culpa, sua consciência pesada, denotando

um resquício moral do catolicismo medieval. Porém, o que acontece quando essa moralidade desaparece e os criminosos não mais se sentem culpados por seus crimes? É isso o que se sucede na sociedade burguesa: destituída dos valores arcaicos, essa sociedade precisa criar novos dispositivos para a aplicação das leis.

A origem da ficção de detetive está ligada às revoluções que demandaram o êxodo rural para as grandes cidades formadas a partir do século XVIII na Europa e nos Estados Unidos. Não por acaso a ficção de detetive aborda um tema bastante preocupante nesse contexto: o aumento da criminalidade nas metrópoles, um problema surgido com o século XIX, decorrente do recente processo de urbanização e do crescimento demográfico. Em “Os crimes da rua Morgue”, Poe transfere elementos da estética gótica para o aglomerado urbano e, ao fazer isso, incorpora problemas das grandes cidades, como a criminalidade. Muitos crimes permanecem sem solução diante do desafio que se configura com a cidade grande: a tentativa de encontrar uma pessoa em meio ao labirinto urbano de milhares de seres humanos. Quanto maior a cidade, maior a existência de criminosos.

As circunstâncias para esse aumento da criminalidade estão relacionadas à situação econômica e social criada pela Revolução Industrial: o aumento do pauperismo, o nível de vida extremamente baixo do proletariado, o surgimento de formas criminosas caracterizadas por um conteúdo que, se ainda não era político, já possuía um caráter de classe. A contradição entre burguesia e proletariado, que surgira havia séculos, embora permanecendo secundária à contradição entre aristocracia e burguesia, desponta agora como principal conflito desta sociedade. Nas cidades e nos campos, um grande número de pessoas era obrigado, para não morrer de fome, a mendigar, vagar e roubar. No campo, a rebelião dos miseráveis contra os procedimentos da acumulação primitiva ganhava força. Os direitos coletivos, que sempre foram a base social para os camponeses pobres, foram sendo aviltados na segunda metade do século XVIII pelos grandes proprietários e arrendatários apoiados pelo governo. Os miseráveis invadem os terrenos, pondo em risco a propriedade privada; em várias cidades europeias, organizam-se movimentos violentos contra as grandes manufaturas.

Enquanto os bairros burgueses permaneciam relativamente seguros durante os primeiros anos do século XIX, os pobres encontravam-se no desamparo. Os crimes da ficção de Edgar Allan Poe quase sempre ocorrem em bairros proletários de Paris, com pessoas pertencentes à classe baixa, como é o caso de “Os assassinatos da Rue Morgue”. Trata-se de uma viela, miserável e desolada, uma versão parisiense dos bairros que autores ingleses como Charles Dickens associavam ao crime e à violência. Assim, podemos notar que o poder da ficção de detetive tem raízes nas narrativas de assassinato do século dezanove: uma vez que tomamos consciência de que a construção cultural do assassinato como mistério precedeu à invenção da literatura de detetive, o caminho

está aberto para compreender a literatura de detetive como uma solução imaginária para o problema real. O crescimento dos assassinatos não podia ser ignorado, uma vez que o aumento da liberdade de imprensa tornou gradativamente impossível suprimir este fato.

O surgimento deste tipo de ficção é também concomitantemente à emergência da cultura de massa, nos meios de comunicação inerentes às novas condições de vida e ao rápido desenvolvimento do comércio e da indústria. O surgimento dessa cultura representa o ponto de acesso às novas mercadorias produzidas por uma civilização cada vez mais voltada para o consumidor. Dessa forma, os anseios da classe média burguesa “encontram nova institucionalização nos subgêneros produzidos pela emergente cultura de massa: narrativas góticas, de aventura e mito, ficção científica e romances policiais” (JAMESON, 1992, p. 200). Essas narrativas, com conteúdo ideológico manifesto, dão vazão aos temores, medos e ansiedades desta nova classe dominante. O medo da burguesia é a fundação ideológica da ficção de detetive; esse tipo de ficção necessita de um tipo específico de medo, que tem suas raízes nas condições de vida da sociedade burguesa: o medo do crime mais horrendo de todos, o assassinato que se situa no centro da ficção de detetive – dificilmente encontraremos uma história deste tipo que não contenha uma morte violenta.

O romance policial, assim como o realista, é uma forma historicamente associada com a função da desmistificação, a erradicação de estruturas psíquicas e valores ancestrais, realizando, em nome da construção da subjetividade burguesa, dolorosos cancelamentos de ilusões sociais tenazmente mantidas por séculos, processo que Weber chama de racionalização. Esse processo pode ser descrito, de acordo com Jameson, como o “desmantelamento analítico das várias unidades tradicionais ou ‘naturais’”, com o objetivo de “reorganização em sistemas mais eficientes, que funcionem de acordo com uma lógica instrumental, binária, de meios e fins” (1992, p. 233). O processo é objetivo e impessoalmente realizado, pois em função da consolidação da economia financeira surge a necessidade de se reorganizar a vida social em torno da nova base monetária. A “racionalização” é um processo característico do capitalismo e seu objetivo é a “completa instrumentalização do mundo” (JAMESON, 1992, p. 226). Assim é do seu interesse que:

[...] as partes quantificáveis “racionais” da psique devem ser bem desenvolvidas, de fato, superdesenvolvidas, enquanto se permite às funções mais arcaicas – os sentidos, ou certos tipos de pensamento – que vegetem em uma espécie de estagnação psíquica (JAMESON, 1992, p. 226).

No caso do romance policial, sua função é a exaltação destas características racionais, além de outras, como a racionalização da morte, a naturalização do assassinato e a normatização do Estado Policial, isto é, o Estado Burguês como controlador da moral e dos costumes. De acordo com Franco Moretti, assim se estabelece a lógica da racionalização. No auge da influência dessas características, até mesmo a indústria cultural sucumbe ao seu feitiço: a "lógica especulativa de Sherlock Holmes convertendo assassinatos sangrentos em 'uma série de palestras'" (2013, p. 89). Do mesmo modo, Auguste Dupin transforma mortes sangrentas em enigmas cuja solução ele procura, o detetive desvenda esses mistérios como se fossem jogos, não assassinatos de seres humanos.

A ficção de detetive surge somente no momento em que tal esforço de racionalização da sociedade configura-se como necessidade histórica de uma classe emergente. Este tipo de ficção aparece como testemunho dos paradigmas que organizam as fantasias da classe burguesa relativas à necessidade de controlar ou reprimir as ansiedades de classe provocadas pela existência do *lumpén*-proletariado urbano². A ficção de detetive de Poe expressa o terror sentido pela classe burguesa do século XIX com relação à multidão, ela responde a ansiedades desencadeadas pela formação da multidão urbana até a sua institucionalização como proletariado permanente. O detetive surge como metáfora essencial da ordem burguesa, como dispositivo ideológico.

Mas a literatura criminal em língua inglesa antecede o surgimento tanto do Gótico quanto da história de detetive. Ela pode ser encontrada nos séculos XVI e XVII, nos folhetins de histórias de assassinos, assaltantes e bandoleiros. De acordo com Ernest Mandel, o "moderno romance policial deriva da literatura popular sobre os 'bons bandidos'" (1988, p. 17). Porém, o herói bandido tornou-se o vilão da sociedade moderna, e o representante da autoridade vilã do passado, o herói. A tradição das histórias sobre os bandidos torna-se popular com os movimentos sociais que contestavam regimes feudais, recebendo um poderoso ímpeto com o início da decadência do feudalismo e o surgimento do capitalismo no século XVII. Eric Hobsbawm observou, em *Bandidos*, 1969, que o que ele chamou de "banditismo social" tende a ser produzido em qualquer sociedade no momento em que ocorre o longo e doloroso processo que é o parto da nova sociedade do capital, egressa da sociedade camponesa. Esses bandidos não eram arautos da revolução burguesa, eram *lumpen* pré-proletários, empobrecidos, assaltantes nômades que incorporavam uma rebelião contra o feudalismo e contra o capitalismo

² Do alemão *Lumpenproletariat*: "seção degradada e desprezível do proletariado". De acordo com o conceito marxiano, o termo designa a população situada socialmente abaixo do proletariado, do ponto de vista das condições de vida e de trabalho, formada por frações miseráveis, não organizadas do proletariado, não apenas destituídas de recursos econômicos, mas também desprovidas de consciência política e de classe (ENGELS; MARX, 2007, p. 286).

emergente: “o banditismo desafia simultaneamente a ordem econômica, a social e a política, ao desafiar os que têm ou aspiram a ter o poder, a lei e o controle dos recursos” (2017, p. 21). Este é o significado histórico do banditismo social nas sociedades com divisões de classe e Estados. Historicamente, os camponeses viveram em sociedades nas quais são considerados como classe social inferior às demais. O ressentimento está implícito nesta relação. A própria existência destes fora-da-lei implica um desafio à ordem social. Porém, eles só podem existir em certa conjuntura social que termina com o advento da moderna economia capitalista. No moderno Estado capitalista, o aparelho centralizado do Estado chega diretamente a todas as pessoas do território nacional, os poderes dos governos são gigantescos se comparados aos que tinham os maiores e mais despóticos impérios do século XIX. Segundo Hobsbawm, “foi essa concentração de poder no moderno Estado territorial que acabou por eliminar o banditismo rural, endêmico ou epidêmico” (2017, p. 29). Antes do século XIX, nenhum Estado tinha a capacidade de manter uma força policial permanente, paga e administrada por um governo central. Dessa forma, a debilidade do poder propiciava o potencial para o banditismo. Porém, com o impacto da economia capitalista moderna, o banditismo fundiu-se à criminalidade e o protesto social desapareceu por detrás da atividade criminosa. Vemos, na ficção policial, esse bandido transformado em criminoso, ou seja, completamente despedido de suas pretensões sociais.

Ernest Mandel aponta que o desenvolvimento do gênero policial nos países anglo-saxões não aconteceu ao acaso. Para o autor, uma das características centrais da ideologia predominante na Inglaterra e nos Estados Unidos, durante a maior parte do século XIX, foi a “ausência ou pelo menos a extrema fraqueza, dos conceitos de luta de classes como instrumentos para a interpretação dos fenômenos sociais”. Isso refletia a extrema “estabilidade da sociedade burguesa e a autoconfiança da classe dominante” (MANDEL, 1988, p. 76). Tal estabilidade era interpretada como fato consumado e, dentro desse contexto, qualquer atividade criminosa era considerada como uma revolta contra a ordem social. Assim, os conflitos individuais são empregados como substituto generalizado para conflitos entre grupos e camadas sociais. O indivíduo criminoso, transformado em patológico, perde sua expressão como sintoma social. O romance policial é o espaço onde os valores da sociedade burguesa triunfam, o criminoso é sempre apanhado e a justiça é feita.

Outra mudança histórica importante que aconteceu no século XIX e que ajuda a compreender o surgimento da ficção de detetive moderna é a mudança no sistema penal com a passagem para a sociedade burguesa. Nas sociedades feudais e despóticas, a tortura era o principal método de desmascarar os criminosos; com a passagem para uma sociedade mais “esclarecida”, a sociedade burguesa, esse sistema foi considerado brutal e pouco eficaz, pois condenava também inocentes, além de ferir

os direitos humanos básicos. Na sociedade esclarecida, esse processo se dá através da formalização do processo de coleta de evidências, submetido às regras baseadas nos princípios e valores burgueses. A justiça criminal do século XIX representou um avanço histórico. Ao substituir a confissão sob tortura pela coleta de provas aceitas no tribunal para a condenação de criminosos, a racionalidade é introduzida no processo judicial. Como notou Ernest Bloch, o processo judicial de julgamento por evidências reflete um processo histórico da burguesia, motivada pela autopreservação, e torna possível o aparecimento da figura do detetive moderno:

Por que a busca detalhada por evidências aparece tão tardiamente? A razão é que os procedimentos legais anteriores não dependiam dela. A justiça era paga em dinheiro, por assim dizer, quando merecida ou não. Porque o julgamento por evidência necessitava que a prova fosse suficiente tanto para a prisão inicial quanto para o tribunal, os investigadores criminais surgem com o detetive em primeiro plano [...]. Antes da metade do século dezenove não existia absolutamente nenhum julgamento por evidência, pelo menos nenhum que fosse deliberado. Apenas o testemunho e, acima de tudo, a confissão, chamada de *regina probationis*, poderia sustentar uma condenação – nada mais. Já que raramente havia disponíveis testemunhas oculares suficientes, a tortura era instituída para extrair o *regina probationis* [...]. O efeito era a atrocidade impensável, a extorsão imprestável da culpa, contra a qual o Esclarecimento rebelou-se por razões tanto humanas quanto lógicas. Desde então, a evidência é necessária e deve ser apresentada; é a base da prova apresentada diante do juiz e do júri na maioria dos casos. Por isso, a representação do trabalho da coleta de evidências do detetive não é mais velha do que a própria evidência comprobatória em si (BLOCH, 1988, p. 246-247).

A análise de Bloch posiciona a ficção de detetive dentro do contexto histórico do Iluminismo, no qual as sociedades esclarecidas desenvolveram os julgamentos por evidência; é somente essa transição sociojurídica que torna possível a existência da ficção de detetive. Sendo assim, podemos partir da constatação de que a ficção de detetive desde o início presume a existência de uma sociedade guiada por valores iluministas; antes da inclusão da racionalidade no processo judicial de coleta de evidências, o detetive não era necessário, apenas o verdugo. Porém, na sociedade racionalista, civilizada, ele se torna não apenas necessário, mas de grande valor, porque garante à burguesia o procedimento dentro das normas civilizadas. A preocupação com o crime é, sobretudo, uma preocupação com as regras objetivas que asseguram a segurança individual, a vida e a propriedade, preocupações que se tornam evidentes na sociedade burguesa. De acordo com Karl Marx:

Um filósofo produz ideias, um poeta produz poemas, um clérigo, sermões, um professor um compêndio e assim por diante. Um criminoso produz crimes. Se nós prestarmos atenção à conexão entre este ramo da produção e a sociedade como um todo, podemos nos livrar de muitos preconceitos. O criminoso não só produz o crime, mas também a lei criminal [...]. O criminoso, em certa medida, produz todo o aparato policial e criminal de justiça, oficiais, juízes, executores, júris etc.; e todas estas diferentes linhas de negócios, que formam igualmente muitas das categorias da divisão social do trabalho.(MARX *apud* PEPPER, 2016, p. 77).

Os criminosos produzem não apenas o crime e todo o aparato legal de códigos e controle de crimes, mas também dão ensejo a um grande número de textos sobre a lei e a arte, literatura e romances sobre crimes, inclusive a ficção de detetive. Existe algo de muito interessante nesta afirmação: o crime é em si responsável por produzir as razões para a ascensão de todo o estado burocrático da sociedade burguesa. Os esforços para combater a atividade criminal têm, por sua vez, requerido mecanismos de controle do crime cada vez mais sofisticados, incluindo a organização de detetives, juízes, advogados, executores, dentro de uma estrutura institucional teoricamente capaz de interpretar e impor a lei dentro dos limites da legalidade. De acordo com Andrew Pepper, “a história de detetive sempre foi um gênero liberal – centralmente preocupado com a premissa fundamental da teoria liberal – o cumprimento da lei” (2016, p. 81).

Mas Poe não contextualiza com precisão histórica seus contos. Esteticamente, eles não sofrem nem um pouco com isso, porém, por outro lado, do ponto de vista da crítica social-política, essas narrativas oferecem pouco material explícito. Em lugar disso, como Poe pertence a uma época de florescimento da cultura burguesa, seus contos refletem o fascínio com o indivíduo, que é característico desse momento. Sua fascinação com as contradições do eu, com a interioridade e as características humanas inatas reflete a tendência à individualização própria dessa ideologia. Como aponta Franco Moretti, a “cultura burguesa é fundamentalmente uma cultura da vida privada, que é relutante em se identificar e se reconciliar inteiramente com as grandes instituições coletivas” (1983, p. 127). Levando isso em conta, podemos notar que ficção de detetive coloca em cena um conflito entre a burguesia e o Estado: o detetive, principalmente no século XIX e grande parte do século XX, não pertence a nenhuma instituição da sociedade burguesa, agindo como um operador particular da lei, eventualmente prestando serviços à polícia.

Em *A ideologia alemã*, Marx e Engels argumentam que a sociedade civil “se desenvolve com a burguesia” e gira em torno de “produção e comércio”, o que “forma a base do Estado” (1965, p. 48). A consolidação do Estado e da sociedade

civil liga-se à consolidação do capitalismo liberal. Presume-se, neste Estado, que a sociedade política é formada pelo consenso surgido entre indivíduos livres, e a lei se torna uma expressão codificada desse processo, um conjunto de estatutos estabelecidos de acordo com os princípios da liberdade individual e do interesse-próprio racional. Como tal, a função da lei é servir de forma neutra para proteger o funcionamento independente da sociedade, sendo o Estado uma instituição que apenas observa de longe, zelando pela proteção dos interesses privados. A visão liberal da sociedade advoga a ideia de que o Estado deveria agir apenas como um “vigilante”, uma entidade invisível que se limitava a assegurar o respeito às leis – em particular, às leis relacionadas à economia. Isto se reflete em imagens da cultura, no caso do sistema científico da ficção de detetive, como *ratio*: a acumulação de dados para serem usados somente como instrumento de controle, não de desenvolvimento social. Nesse sentido, a ficção de detetive funciona como um executor do liberalismo, em todos os seus sentidos fundamentais.

A premissa básica desse pensamento é de que o interesse próprio seria capaz de se manifestar como ordem geral. Porém, o gênero policial revela uma fissura nessa ideia: a ruptura da harmonia social ocasionada pelo crime. Em outras palavras, a erupção de paixões incontroláveis, instintos obscuros e atos que desafiam e ameaçam a ideia de que o interesse próprio poderia ser a força harmonizadora, colocando em dúvida a premissa básica da sociedade liberal. Dessa forma, como nota Andrew Pepper, a história detetivesca “aponta para a fragilidade da visão liberal clássica aumentando o prospecto da sua inversão em pesadelo” (2016, p. 82). Entretanto, ao resolver o problema de forma metafórica, capturando o criminoso e reestabelecendo o *status quo*, essa ficção também demonstra a crença na capacidade da sociedade liberal de policiar a si mesma, sem a imposição do Estado, principalmente através da figura do detetive como um livre pensador, capaz de agir em nome dessa sociedade sem interferência estatal. Se os problemas advêm de indivíduos defeituosos, e não do modo como essa sociedade funciona, todos os problemas poderiam ser resolvidos simplesmente sacrificando esses indivíduos malignos.

Para Franco Moretti, o gênero policial é exemplar das tendências individualizadoras da cultura burguesa precisamente porque cria um problema com efeitos concretos – o crime – e declara uma única causa relevante – o criminoso. Centrando-se no conflito entre o bem e o mal, o romance policial é “a racionalização final da competição entre os possuidores privados de commodities no mercado” (1983, p. 144). Moretti argumenta ainda que, “enquanto o dinheiro é sempre o motivo do crime na ficção de detetive, o gênero é tipicamente silencioso em relação à produção”, à “troca desigual de força-de-trabalho por salário que é a verdadeira fonte de riqueza” (1983, p. 139). O crime, porém, tem um contexto sociopolítico mais amplo e nunca é simplesmente um acontecimento

entre indivíduos privados. Como afirma Pepper, “a distância entre a ciência marxista urbana e a ficção de detetive não é tão grande quanto supunha-se” (2016, p. 82). Ambas se dirigem à classe trabalhadora urbana, com o objetivo de superar os problemas dessa população. Podemos encontrar referências aos problemas que a população urbana do século XIX encontra com a criminalidade em *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*, de Engels:

Quando um indivíduo infringe feridas sobre o corpo de outro indivíduo, tal ferimento quando resulta em morte, chamamos de homicídio; quando o agressor sabia com antecedência que o ferimento seria fatal, chamamos o ato de assassinato. Mas quando a sociedade coloca centenas de proletários na posição que eles inevitavelmente encontram uma morte prematura e não natural, uma que é muitas vezes uma morte mais violenta do que aquela encontrada pela espada ou pela bala; quando ela priva milhares das necessidades da vida, os coloca sob condições que eles não podem viver – forçando-os, através do braço forte da lei, a permanecer nestas condições até que a morte siga-se como consequência inevitável – sabendo que estas milhares de vítimas devem perecer, e mesmo assim permite que estas condições permaneçam, isto é assassinato da mesma forma como a ação do indivíduo singular (ENGELS, 1987, p. 127).

Nota-se a conexão direta entre os homicídios praticados por indivíduos e aquele praticado pela sociedade capitalista ao não fornecer condições de vida dignas. Engels foi um dos primeiros a reconhecer os atos criminosos como potenciais formas de protesto, como consequência da organização social. Apesar de a ficção policial, em seus primeiros estágios, adotar uma postura de reiteração da visão de mundo burguesa-capitalista, podemos, através de sua interpretação, estabelecer uma dialética dos processos sociais envolvidos em seu desenvolvimento. A ficção detetivesca do século XIX levanta a questão da legitimidade da sociedade liberal-capitalista deste século, mas sempre encontra uma forma de recuperar essa visão liberal e a salvaguardar de toda crítica. É somente através do entendimento deste processo que podemos de fato entender as contribuições que a ficção policial, em seus estágios primários, pode nos fornecer para a crítica da sociedade burguesa. Em suma, de um ponto de vista dialético, autores como Edgar Allan Poe, justamente ao ocultarem os processos da burguesia capitalista liberal, revelam seu caráter perverso; ao retratarem uma sociedade funcional, sem interferência estatal, revelam-na extremamente disfuncional, à beira do colapso.

Referências

- ADORNO, T. W. *Minima moralia*. Reflexões a partir da vida danificada. São Paulo: Ática, 1993.
- ADORNO, T. W. *Notas de literatura*. Tradução: Jorge de Almeida. São Paulo: editora 34, 2003.
- ADORNO, T. W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.
- ALEWYN, R. *The origin of the detective novel*. In: MOST, Glenn W.; STOWE, William W. (Eds.). *The poetics of murder: detective fiction and literary theory*. San Diego: Harcourt Brace Jovanovich, 1983. p. 62-78.
- ALTHUSSER, L. *Aparelhos Ideológicos do Estado*: nota sobre aparelhos ideológicos do Estado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.
- ARAÚJO, R. *Edgar Allan Poe: um homem em sua sombra*. São Paulo: Ateliê Editorial: 2002.
- BACHELARD, G. *A água e os sonhos: ensaio sobre a imaginação da matéria*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- BAUDELAIRE, C. Correspondence. In: *Oeuvres Complètes de Charles Baudelaire*. Paris: Ed. Jacques Crépet, 2010. 19 vols.
- BENJAMIN, W. *Charles Baudelaire: um lírico no auge do capitalismo*. São Paulo: Brasiliense, 1991.
- BERMAN, M. *Tudo que é sólido desmancha no ar*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- BOILEAU, P; NARCEJAC, T. *O romance policial*. São Paulo: Ática, 1991.
- BORGES, J. L. O conto policial. In: *Obras completas de Jorge Luis Borges*. São Paulo: Globo, 1999. p. 222-230.
- ENGELS, F. *The Condition of the Working Class in England*. Penguin: London: 1987.
- ENGELS, F; MARX, Karl. *A ideologia alemã*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- FOUCAULT, M. *A sociedade punitiva*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.
- FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 2008.
- GUINSBURG, J. *O Romantismo*. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- HANOWITZ, N. O arcabouço do modelo de detetive: Charles S. Pierce e E. Allan Poe. In: ECO, Umberto; SEBEOK, T. A. (org.). *O signo dos três: Dupin, Holmes. Pierce*. Trad. Silvana Garcia. São Paulo: Perspectiva, 1999. p. 199-218.
- HARTMANN, J. H. *The Marketing of Edgar Allan Poe*. In: *Studies in American Popular History and Culture*. New York: Routledge, 2008.

- KERMODE, F. *The Art of Telling*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.
- KERMODE, F. *The Sense of an Ending: Studies in the Theory of Fiction*. New York: Oxford Univ. Press, 1966.
- KNIGHT, S. *Form and Ideology in Crime Fiction*. The Macmillian Press: London, 1980.
- KOSELLECK, R. *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Tradução de Luciana Villas-Boas Castelo-Branco. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.
- KRACAUER, S. *La novela policial*. Un tratado filosófico. Trad. Silvia Villegas. Buenos Aires: Paidós, 2010.
- KRACAUER, S. *O ornamento da massa*. São Paulo: Cosac Naify, 2009.
- KUHN, T. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago: Univ. of Chicago Press, 1962. p. 43-135.
- LACAN, J. O seminário sobre "A carta roubada". In: *Escritos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 13-66.
- LINK, D. *El juego de los cautos: literatura policial de Edgar A. Poe a P. D. James*. Buenos Aires: La marca, 2003.
- LOWY, M. *Aviso de incêndio: uma leitura das Teses "Sobre o conceito de história"*. São Paulo: Boitempo, 2014.
- MACLEOD, S. "Playgrounds of Detection. The Californian Private Eye in Thomas Pynchon's *The Crying of Lot 49* and *Inherent Vice*". In: *Pynchon's California*. Iowa City: University of Iowa Press, 2014. p. 113-135.
- MANDEL, E. *Delícias do crime: história social do romance policial*. Editora Busca Vida: São Paulo, 1988.
- MARCUSE, H. *A ideologia da sociedade industrial: o homem unidimensional*. 4. ed. Tradução: Giasone Rebuá. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973.
- MARX, K. "O fetichismo da mercadoria". In: *O capital: crítica da economia política*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987.
- MARX, K. *Grundrisse*. São Paulo: Boitempo; Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2011.
- MARX, K. *Manifesto comunista*. Org. de Osvaldo Coggiola. 4ª reimpressão. São Paulo: Boitempo, 2005.
- MARX, K. *Manuscritos econômico-filosóficos*. Tradução: Jesus Raniere. São Paulo: Boitempo, 2004.
- MARX, K.; ENGELS, F. *The German Ideology*. Lawrence & Wishart: London, 1965.
- MÉRAL, J. *Paris in the American Literature*. The University of North Carolina Press, 1989.
- MORETTI, F. *O burguês: entre a história e a literatura*. São Paulo: Três Estrelas, 2014.

- MORETTI, F. O Romance de formação. Todavia: São Paulo, 2020.
- MORETTI, F. *Signs Taken for Wonder: Essays in the Sociology of Literary Form*. London and New York, NY: Verso, 1983.
- MURCH, A. E. The Development of the Detective Novel. Lowe & Brydone. London, 1968.
- O'DONNELL, P. *New essays on the Crying of lot 49*. New York: Cambridge University Press, 1991.
- PEPPER, A. *Unwilling Executioner: Crime Fiction and the State*. Oxford University Press: New York, 2016.
- PIGLIA, R. *Crítica y ficción*. Buenos Aires: Fausto, 1993.
- PIGLIA, R. In: PELLICER, Rosa. Ricardo Piglia y el relato del crimen. Ricardo Piglia: la escritura y el arte nuevo de la sospecha. Sevilla: 2006.
- PIGLIA, R. Leitores imaginários. In: PIGLIA, R. *O último leitor*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 74-97.
- PIGLIA, R. *O último leitor*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- PIGLIA, R. Sobre el género policial. In: PIGLIA, R. *Crítica y ficción*. Barcelona: Anagrama, 1986. p. 59-62.
- POE, E. A. *Contos de imaginação e mistério*. São Paulo: Tordesilhas, 2012.
- POE, E. A. Filosofia da Composição. Trad. Léa Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Editora 7 Letras, 2008.
- POE, E. A. *Histórias extraordinárias de Edgar Allan Poe*. São Paulo: Ediouro, 2002.
- POE, E. A. *Histórias extraordinárias*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- POE, E. A. *Poemas e ensaios*. São Paulo: O Globo, 2009.
- POE, E. A. *Poetry and Tales*. New York: The Library of America, 1984.
- POE, E. A. *The complete stories and Poems of Edgar Allan Poe*. New York: Doubleday, 1984.
- ROSENHEIM, S. *The American face of Edgar Allan Poe*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1995.
- SMITH, S. *Pynchon and history: metahistorical rhetoric and postmodern narrative form in the novels of Thomas Pynchon*. New York: Routledge, 2005.
- TODOROV, T. Tipologia do romance policial. In: Tzvetan Todorov. In: *Poética da prosa*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 63-77.
- WEBER, M. Max. A ética protestante e o espírito do capitalismo. Antônio Flávio Pierucci (Ed.). São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- WHALEN, T. *Edgar Allan Poe and the Masses*. Princeton; New Jersey: Princeton University Press, 1999.

Estado, sociedade e políticas públicas: algumas reflexões sobre a burocracia de nível de rua e da sociologia do guichê

*State, society and public policies: some reflections on street-level bureaucracy and the
sociology of the window*

Alessandro da Silva Leite*

Resumo: O texto aborda a temática da burocracia de nível de rua e da sociologia do guichê na implementação de políticas públicas. Destaca as contribuições e limites que essas duas vertentes oferecem nesse processo. Para tanto, ancora-se, principalmente, nos textos de Mazeud e Nonjon (2021); Cavalcanti, Lotta e Pires (2018); Pires (2016). Considera que, embora os estudos desse tipo ainda sejam incipientes no Brasil e apresentem questões de natureza teórica e metodológica a serem superadas, eles se apresentam como uma seara promissora para a realização de pesquisas que possam contribuir com as temáticas das políticas públicas numa perspectiva de demonstrar como no nível da rua ou do guichê vem ocorrendo a implementação das mesmas e os resultados obtidos a partir daí.

Palavras-chave: Políticas públicas; Burocracia de nível de rua; Sociologia do guichê.

Abstract: The text addresses the theme of street-level bureaucracy and the sociology of the window in the implementation of public policies. It highlights the contributions and limits that these two aspects offer in this process. For that, it is anchored, mainly, in the texts of Mazeud and Nonjon (2021); Cavalcanti, Lotta and Pires (2018); Pires (2016). It considers that, although studies of this type are still incipient in Brazil and present issues of a theoretical and methodological nature to be overcome, they present themselves as a promising field for carrying out research that can contribute to policy issues public with a view to demonstrating how at street level or at the ticket window, their implementation has been taking place and the results obtained from there.

Keywords: Public policy; Street-level bureaucracy; Window sociology.

Recebido em: 22/7/2022
Aprovado em: 22/8/2022

* Doutorando em Ciências Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais (PPGCS), da Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes), sob orientação da professora Dra. Márcia Barros Ferreira Rodrigues. Mestre em História Social pela Universidade de Vassouras (UNIVASSOURAS). Graduando em História e Geografia pela Universidade Estadual de Minas Gerais (UEMG). E-mail: alessandrosl2000@gmail.com.

Introdução

De início, cumpre apresentar uma breve noção do que são as políticas públicas, a partir da ideia de se referirem ao conjunto de ações, cuja implementação se dá pelo Estado por meio de suas autoridades governamentais. No entanto, para haver uma implementação adequada das políticas públicas, o Estado conta com um grupo de numerosos profissionais atuando no chamado nível da rua ou nos guichês de atendimento aos usuários.

O termo *políticas públicas* é recente no campo das ciências políticas. Somente a partir da segunda metade do século XX os estudiosos norte-americanos e europeus se debruçaram em estudos cujos objetivos eram analisar e explicar o papel do Estado, por meio das políticas públicas. Os estudos concentraram-se especialmente sobre a implementação das mesmas, pois elas afetam diretamente a vida dos indivíduos e grupos sociais, referindo-se a busca de soluções de problemas públicos para a coletividade, tais como saúde, educação, saneamento básico, transporte, segurança etc. Quanto aos tipos de políticas públicas, Theodor Lowi (1964), classificou-as em políticas constitutivas, regulatórias, distributivas e redistributivas (MARQUES, 2013).

A demanda por políticas públicas é grande, mormente, em países continentais como o Brasil, porém os recursos para atendê-las são finitos. Assim, as políticas públicas possuem um ciclo para auxiliar no mapeamento da conformação de cada política específica. Esse ciclo compõe-se das seguintes fases:

1) identificação do problema: refere-se à conjunção do olhar político da gestão pública com as demandas sociais, identificando as necessidades e problemas mais prementes.

2) formulação da agenda: definição de itens a serem trabalhados com urgência e prioridade pelo governo.

3) formulação de alternativas: é o momento de apresentação das soluções possíveis.

4) tomadas de decisão: quando se define quais são as soluções mais viáveis.

5) implementação: momento no qual a política pública é implementada.

6) avaliação: refere-se ao monitoramento e avaliação da política pública, realizada pelos gestores públicos e sociedade civil, para verificar se a política está sendo ou foi eficiente, eficaz e efetiva.

7) extinção: momento no qual aquela política já não é mais necessária. A extinção pode ocorrer também com a mudança dos gestores públicos por fator como vaidade política de não dar continuidade ao trabalho que vinha sendo realizado pelos gestores anteriores.

Esse trabalho concentra-se no momento da implementação das políticas públicas e está organizado em duas partes. Na primeira, apresenta reflexões sobre as contribuições da burocracia de nível de rua na implementação das políticas públicas. Na segunda, apresenta reflexões sobre as contribuições da sociologia do guichê nesse mesmo processo.

Contribuições da Burocracia de Nível de Rua na Implementação das Políticas Públicas

Nos anos de 1970, nos Estados Unidos, os estudiosos começaram a se preocupar acadêmica e politicamente com a implementação das políticas públicas, em especial aquelas cuja elaboração ocorria em nível federal e eram implantadas em nível local, contando com a colaboração de vários profissionais e grupos profissionais. Os estudos demonstravam haver uma discrepância entre a política elaborada e a implementada na prática.

Conforme Pires (2016), o estudo pioneiro de Jeffrey Pressman e Aaron Wildavsky – *Implementation* – foi um dos primeiros a identificar a discrepância, levando os estudiosos a investigarem os conjuntos dos atores das ações públicas, seus interesses e valores, e como influenciavam na implementação das políticas. Desse modo, abriu-se caminho para os estudos empíricos observacionais visando compreender o funcionamento prático e cotidiano das organizações de implementação das políticas públicas.

Foi, contudo, em 1980, que os estudos sobre a burocracia de nível de rua ganharam importância, a partir da obra seminal de Michael Lipsky, *Street-Level Bureaucracy: dilemmas of the individual in public service*. Nela, o autor

[...] identifica a burocracia de nível de rua como as organizações e o conjunto de agentes responsáveis pela entrega direta de políticas e serviços públicos aos cidadãos. Ressalta sua importância considerando que eles compõem um grande contingente de profissionais do setor público, que recebem ou gerenciam boa parte dos orçamentos, que têm grande influência sobre as pessoas de baixa renda, porque servem para garantir que elas tenham acesso aos serviços, além de serem responsáveis pela construção da imagem do Estado perante os usuários. Aponta que são os burocratas de nível de rua que determinam o acesso do público a direitos e benefícios governamentais e é por meio deles que a população consegue acessar a administração pública (CAVALCANTI; LOTTA; PIRES, 2016, p. 229).

Para Lipsky, os atores da implementação das políticas públicas em sua atuação possuem um grau de discricionariedade, em função da própria natureza de seu trabalho. Por exemplo, um professor pode escolher dar mais atenção para os alunos com maiores dificuldades de aprendizado ou privilegiar os alunos que possuem maior facilidade, o que de alguma forma implica em resultados diferentes do esperado pela política pública.

Por outro lado, a discricionariedade dos atores da implementação das políticas públicas decorre de outros fatores: a) o trabalho dos atores é realizado na interação face a face com os usuários e clientes; b) o trabalho possui excessos regulamentais contraditórios e impossíveis de serem seguidos à risca; c) o trabalho é realizado distante do olhar e da supervisão direta dos superiores hierárquicos.

É importante ressaltar que a discricionariedade é inerente e inevitável, no entanto, em alguns casos ela é necessária ao desempenho das funções dos grupos profissionais atuantes nas linhas de frente da implementação das políticas públicas, pois esses profissionais lidam continuamente com situações imprevistas e emergentes como, por exemplo, categorizar as demandas que lhes chegam.

O próprio Lipsky em 2010, quando ocorreu a edição comemorativa de sua obra, esclareceu que nem sempre o bom ou mau desempenho da burocracia de nível de rua está relacionado com a discricionariedade dos atores profissionais. Há outros fatores interferindo no trabalho desses profissionais de rua, tais como, a falta de recursos, as informações disponíveis e as pressões exercidas pelos supervisores e pelos cidadãos.

No caso dos estudos sobre a discricionariedade dos burocratas de nível de rua é importante entender como se comportam, analisando como se conformam suas decisões e isso implica ampliar as metodologias para novos laboratórios de observação, conforme sugerem Mazeud e Nonjon (2021), com sua perspectiva da sociologia da ação pública e sociologia dos grupos profissionais. O recurso a novos procedimentos metodológicos pode ajudar na percepção de que as decisões dos burocratas de nível de rua ocorrem numa lógica interativa, comunicativa e baseada em ações e julgamentos, combinadas com os outros fatores mencionados no parágrafo anterior.

Para as autoras supramencionadas, os agentes de primeira linha, que estão diretamente envolvidos na implementação das políticas públicas, não são meros executores. Ao contrário, agem como verdadeiros *policy-makers*, pois no nível da rua é exigido deles interpretar os textos, qualificando os fatos e exercendo, portanto, um poder discricionário que poderá influenciar nos resultados da política pública.

Assim, os estudos da burocracia de nível de rua devem integrar, também, uma reflexão sobre o peso das trajetórias mais individuais dos funcionários públicos “nesse jogo com a regra”: tipo de carreira, modalidades de entrada na função pública, formação universitária etc. (MAZEUD; NONJON, 2021, p. 360).

No tocante às abordagens metodológicas, nota-se um maior esforço no uso de métodos quantitativos e na combinação de métodos qualitativos com quantitativos, bem como de comparações internacionais e nacionais em estudos com diferentes recortes analíticos e temas complexos. Assim, vemos cada vez mais estudos de burocracia de nível de rua voltadas para análises das interações; dos indivíduos; das organizações; de diferentes políticas; da atuação de burocratas de diferentes profissões; das políticas em diferentes países e estados; *accountability* dos implementadores; a atuação da burocracia em contextos de governança e implementação multinível; implementação com atores não estatais; valores e o comportamento dos burocratas; a influência de outras camadas burocratas na implementação; os resultados dos sistemas de incentivo a atuação dos burocratas; efeitos do uso de novas tecnologias na atuação da burocracia; análise dos efeitos sociais da implementação.

Embora no Brasil, o campo de estudos das burocracias de nível de rua permaneça pouco explorado e restrito aos estudiosos da ciência política, políticas públicas ou administração pública, pode-se destacar, conforme Cavalcanti, Lotta e Pires (2018, p. 240-241) os estudos de:

- Pires (2009) sobre fiscais do trabalho, buscando compreender como eles interpretam situações que se encontram em contraposição à legislação brasileira;
- Lotta (2010); Lotta, Pires e Oliveira (2014); e Lotta e Favareto (2016), que desenvolvem uma análise de burocratas de nível de rua a partir do olhar para os agentes comunitários de saúde inseridos na Estratégia Saúde da Família;
- Eiró (2017) que com foco na assistência social, faz uma aproximação mais forte com as discussões da sociologia do guichê;
- Oliveira (2014) que analisando o Bolsa Família observa como se dão as interações entre usuários e burocratas na análise das condicionalidades educacionais do programa;
- Lima e D'Ascenzi (2017) que analisam o papel dos burocratas de nível de rua na implementação da Política Nacional de Humanização;
- Oliveira (2017) que analisa como a atuação e os julgamentos de professores afetam a alocação de alunos em turmas especiais de correção de fluxo e a forma como estas decisões são compreendidas pelos alunos em termos de premiação ou punição e;
- em Ipea (2017) que numa tentativa recente de aproximação da agenda de estudos de implementação com olhar para desigualdades, desenvolveu um conjunto de pesquisas buscando compreender os efeitos sociais da implementação. O foco é compreender como a atuação dos burocratas tem impactos em termos de (re)produção ou redução das desigualdades.

Conforme vimos nessa primeira parte, os estudos sobre a burocracia de nível de rua tiveram seu ponto de partida com o trabalho de Lipsky. Embora tenham avançado

muito na Europa e na América do Norte, permanecem incipientes no Brasil, havendo assim um amplo espaço para a realização de pesquisas com potencial para melhorar o desenho e a implementação das políticas, pois tais pesquisas podem evidenciar os processos cotidianos que podem afetar os resultados das políticas públicas.

Contribuições dos Estudos da Sociologia do Guichê na Implementação das Políticas Públicas

Em mesa redonda no 40º Encontro Anual da ANPOCS, em Caxambu/MG, Pires (2016), apresentou artigo de revisão sistemática da sociologia do guichê francesa, com o objetivo de demonstrar novas possibilidades metodológicas para o estudo da implementação e gestão de políticas públicas no Brasil, ampliando o espectro analítico desse campo.

O marco inicial dos estudos da sociologia do guichê ocorreu com a reforma do serviço público na França, em 1989. No que diz respeito às influências teóricas da sociologia do guichê destacam-se os trabalhos de Michel Crozier (1964); Crozier e Friedberg (1977), Isaac Joseph (1988); Philippe Warin (1993); Jean-Marc Weller (1999); e Vincent Dubois (1999).

Em definição,

[...] a sociologia do guichê nomeia um conjunto de estudos que começaram a emergir na França a partir de meados da década de 1990. Trata-se de análises que visaram compreender o “Estado em ação” (JOBERT; MULLER, 1987) e se debruçaram sobre os guichês dos serviços públicos em áreas tão diversas quanto assistência e seguridade sociais, habitação, imigração, segurança pública, serviços postais, financeiros e cartoriais [...] (PIRES, 2019, p. 3).

Nota-se pela definição que o guichê (ou balcão de atendimento) passou a ser o *locus* dos estudos, pois é nele onde ocorrem as interações entre os profissionais da linha de frente e o público usuário das políticas públicas, numa perspectiva de produção de visibilidade e escuta, de rostos e vozes que dão corpo às situações sociais frente à implementação das políticas públicas.

O guichê passou a ser visto como a referência para o funcionamento governamental cotidiano, onde as relações entre Estado-sociedade podem ser capturadas por meio da observação, participação, descrição e interpretação das práticas tanto dos agentes

quanto dos usuários. Esse tipo de abordagem foi muito importante para desmistificar a ideia de que existem “usuários padrões” e “burocratas impessoais”.

Outra contribuição importante dos estudos do guichê foi a introdução da abordagem etnográfica no campo do estudo das ciências políticas e das políticas públicas colocando em visibilidade, pelo menos três elementos centrais para as análises: i) as tarefas, atividades, rotinas de trabalho e condições de trabalho dos agentes públicos, ii) a identificação, caracterização e descrição do público em termos sociais, territoriais e comportamentais, e iii) a descrição dos encontros entre agentes e usuários.

A sociologia do guichê desenvolvida por Weller (1999) demonstra que entre os agentes e os usuários o desafio é a produção de um acordo, cujo processo não é fácil, pois, em muitos casos é marcado por tensões, incertezas e instabilidades dos discursos de ambos. Isso significa que, de um lado, o usuário chega ao guichê como demandante de sua questão pessoal e trazendo suas expectativas, mas, do outro lado, o agente público precisa categorizar jurídica, administrativa e contabilmente a demanda do usuário.

Decorre, portanto, desse processo a necessidade de coprodução de um discurso no qual o agente público consiga fazer a categorização correta da demanda do usuário e esse, por sua vez, deve aceitá-la evitando tensões, redução das incertezas sobre o processo e recursos à superiores ou a própria judicialização do processo. É importante mencionar que o agente público não pode (nem deve ou deveria) agir somente, a partir de sua discricionariedade, nem da atividade comunicacional, pois o mesmo conta com uma ampla rede sócio-técnica para desempenhar suas funções.

Contrapondo-se à perspectiva da “coprodução”, Dubois (1999) empreende uma abordagem analítica visando recuperar as estruturas sociais que atravessam as interações entre burocratas e usuários no guichê. Nesse sentido, aponta para a importância da caracterização dos grupos sociais prestadores de serviços junto ao Estado. Assim, inspirado em Bordieu, revela como existe uma clivagem classista na regulação das interações no guichê, ao demonstrar como as condições sociais influenciam na produção dos discursos dos servidores do Estado, nos auxiliando a reconhecer os processos de (re)produção de desigualdades na implementação das políticas públicas.

Nessa perspectiva, para a sociologia do guichê, o encontro entre usuários e burocratas ocorre numa espécie de dependências dos primeiros com relação aos segundos. Por outro lado, ocorre também em assimetrias informacionais. Desse encontro, resulta uma forma de violência simbólica que passa pelo controle administrativo e normativo dos burocratas, por meio do qual as narrativas mais íntimas, pessoais e particulares dos usuários, precisam ser enquadradas em situações e categorias administrativas, frequentemente estigmatizantes, funcionando como uma forma de violência de controle das identidades e existências sociais dos usuários demandantes.

A relação entre burocratas e usuários no guichê passa ainda pela construção de um sentido de lugar e posição social dos agentes prestadores de serviços. Conforme demonstram os estudos de Alex Spirre e Yasmin Siblot, os burocratas constroem e compartilham discursos sobre os usuários com os quais precisam lidar nos guichês. Em tais discursos, notam-se elementos como estranheza, irracionalidade dos comportamentos dos usuários, desconfiança em relação a demandas não usuais, fraudes e histórias de golpes. Esses discursos, de certo modo, dificultam os burocratas organizarem bem o serviço prestado.

Por fim, a sociologia do guichê de Dubois (1999), ao privilegiar as interações sociais ocorridas na entrega final dos serviços públicos, realiza uma análise dos agentes, informando-nos sobre suas visões das políticas e também de suas posições e trajetórias sociais, bem como nos informam sobre a visão dos burocratas em relação aos demandantes. Não há dúvida de que esses elementos trazem consequências para a implementação das políticas no cotidiano.

No que diz respeito aos estudos realizados sob a perspectiva da sociologia do guichê no Brasil, Pires (2016), nos informa ser preciso considerar a existência de pelo menos três possibilidades temáticas. Essas, vêm ganhando alguma visibilidade e se constituindo numa forte tendência de expansão para os estudos de implementação de políticas públicas. Entretanto, o autor nos informa também sobre a constituição de limites teóricos e metodológicos a serem superados.

Assim, quanto aos temas, o primeiro diz respeito à virtualização e digitalização do guichê. O segundo se refere às inúmeras e variadas situações nas quais associações da sociedade civil (ONGs, associações de bairro, sindicatos ou movimentos sociais) assumem para si tarefas típicas da linha de frente do serviço público. O terceiro tem a ver com uma atenção mais refinada ao potencial de agência dos usuários.

Quanto aos limites teórico-metodológico, Pires (2016, p. 28-29) chama atenção para os seguintes pontos:

- a busca por maior conexão entre toda uma rica descrição de práticas e interações, por um lado, e processos mais amplos de mudança institucional, por outro.
- ao fato dos estudos da sociologia do guichê não trabalharem muito bem a questão da socialização secundária e a emergência de grupos sociais internos às organizações.
- o desenvolvimento de estratégias de pesquisa para lidar com uma situação cada vez mais comum na gestão de políticas públicas: o desenvolvimento de arranjos de implementação intersetoriais e multi-organizacionais.
- seguir na direção dos potenciais benefícios em se combinar o método etnográfico típico das análises da sociologia do guichê, que visa ao mergulho na complexidade das interações observadas.

- a preocupação em se compreender melhor os efeitos dos diferentes estilos de implementação e modalidades de interação, observados e problematizados por meio do método etnográfico, sobre os resultados e o desempenho de políticas públicas em nível mais agregado.

A exploração dos temas e o enfrentamento dos limites teórico-metodológicos para a pesquisa da sociologia do guichê no Brasil representam um desafio. No entanto, sua superação pode resultar em um enriquecimento importante nas contribuições sobre os estudos de implementação de políticas públicas, com possíveis efeitos na avaliação e gestão pública das políticas.

Considerações finais

Esse trabalho visou apresentar algumas contribuições da burocracia de nível de rua e da sociologia do guichê na implementação das políticas públicas. Inicialmente procuramos apresentar uma noção de políticas públicas, bem como do ciclo de formação de uma política pública. Em sequência demonstramos algumas características e contribuições da burocracia de nível de rua para a implementação das políticas públicas, com destaque para a discricionariedade dos prestadores de serviço.

Vimos ainda, que a discricionariedade não é apenas uma questão de natureza subjetiva, tendo a ver exclusivamente com a vontade ou não do servidor público de linha de frente, mas outros fatores atuam para ela ocorrer, bem como em algumas situações ela é necessária e desejável.

Em sua segunda parte, nos dedicamos a abordar as contribuições da sociologia do guichê francesa. Vimos que ela apresenta duas vertentes: a de Weller (1999) e a de Dubois (1999). A primeira vertente prima pela noção de coprodução de um discurso comum entre usuários e burocratas, o que não ocorre sem conflitos. A segunda vertente, de caráter mais crítico procura demonstrar como o comportamento dos burocratas em relação aos usuários pode (re)produzir violências simbólicas e desigualdades sociais.

Por fim, vimos que, embora os estudos desse tipo ainda sejam incipientes no Brasil, e apresentem questões de natureza teórica e metodológica a serem superadas, eles se apresentam como uma seara promissora para a realização de estudos que possam contribuir com as temáticas das políticas públicas numa perspectiva de demonstrar como no nível da rua ou do guichê vem ocorrendo a implementação das mesmas e os resultados obtidos a parti daí.

Referências

- CAVALCANTI, S.; LOTTA, G. S.; PIRES, R. R. C. Contribuições dos estudos sobre burocracia de nível de rua. In: PIRES, R.; LOTTA G.; OLIVEIRA, V. (org.). *Burocracia e Políticas públicas no Brasil: interseções analíticas*. Brasília: IPEA; Enap, 2018, p. 227-246.
- CROZIER, M. *Bureaucratic Phenomenon: an examination of bureaucracy in modern organizations and its cultural setting in France*. Chicago: University of Chicago Press, 1964.
- CROZIER, M.; FRIEDBERG, E. *L'acteur et le système*. Paris: Editions du Seuil, 1977.
- DUBOIS, V. *La vie au guichet*. Relation administrative et traitement de la misère. Paris: Economica, 1999.
- EIRÓ, F. O Programa Bolsa Família e os pobres “não merecedores”: poder discricionário e os limites da consolidação de direitos sociais. In: IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Implementação de políticas e desigualdades. *Boletim de Análise Político-Institucional*, n. 13, p. 65-70, 2017.
- JOSEPH, I. La relation de service. Les interactions entre agents et voyageurs. *Les Annales de la Recherche Urbaine*, n. 39, p. 43-55, 1988.
- LIMA, L.; D’ASCENZI, L.; DIAS, G.; BRUSCATTO, R. Burocracia e políticas públicas: a implementação da política nacional de humanização dos serviços de saúde em Porto Alegre/RS. *Revista do Serviço Público*, v. 65, n. 4, p. 493-515, 2014
- LOTTA, G. *Burocracia e Implementação de Políticas de Saúde*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2015.
- LOTTA, G. S.; PIRES, R.; OLIVEIRA, V. Burocratas de Médio Escalão: novos olhares sobre velhos atores da produção de políticas públicas. *Revista do Serviço Público*, v. 65, p. 463-492, 2014.
- LOTTA, G.; FAVARETO, A. Desafios da integração nos novos arranjos institucionais de políticas públicas no Brasil. *Revista de Sociologia e Política*, v. 24, n. 57, p. 49-65, 2016.
- MARQUES, E. As políticas na Ciência Política. In: MARQUES, E. & FARIA, C. A. P. *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo; Rio de Janeiro: Ed. UNESP; Fiocruz, p. 23-46.
- MAZEAUD, A.; NONJON, M. Os profissionais da ação pública. In: OLIVEIRA & HASSENTEUFEL (org.). *Sociologia política da ação pública: teorias, abordagens e conceitos*. Brasília: Enap, 2021, p. 355-372.

- OLIVEIRA, B. A implementação do Programa Bolsa Família sob a perspectiva da condicionalidade educacional: uma análise a partir dos agentes públicos de base. *Revista do Serviço Público*, v. 65, n. 4, p. 517-544, 2014.
- OLIVEIRA, M. *Correção de fluxo em uma escola da rede pública municipal do Rio de Janeiro: percepções e discricionariedade dos agentes implementadores*. 2017. Dissertação (Mestrado em Educação) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.
- PIRES, R. Estilos de implementação e resultados de políticas públicas: fiscais do trabalho e o cumprimento da lei trabalhista no Brasil. *Dados*, v. 52, p. 735-769, 2009.
- PIRES, R. *Implementação de políticas públicas nos encontros entre burocratas e destinatários: contribuições da sociologia do guichê*. Encontro Anual da ANPOCS, 40. *Anais...* Caxambu: ANPOCS, 2016.
- WARIN, P. *Les usagers dans l'évaluation des politiques publiques: études des relations de service*. Paris: L' Harmattan, 1993.
- WELLER, J.-M. *L'état au guichet: sociologie cognitive du travail et modernisation administrative des services publics*. Paris: Desclée de Brouwer, 1999.

Meio ambiente e produção de energia por sistemas renováveis: energia fotovoltaica e economia na Agenda 2030

Environment and energy production by renewable systems: photovoltaic energy and the economy on the 2030 Agenda

Nayara Ferreira Clemente Laviola*

Reinaldo Laviola Verner**

Resumo: Esta pesquisa tem por objetivo analisar o conflito existente entre o meio ambiente natural e o desenvolvimento econômico, pois é notório que a degradação daquele está intimamente ligado à necessidade de crescimento dos países. Ademais, o foco da pesquisa visto a grandiosidade do tema, tem foco na utilização de energia elétrica por sistemas renováveis, pois são consideravelmente menos danosos ao meio ambiente. Tal conflito também é tema dos objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030. Portanto, a utilização de modalidade de energia advinda de fontes renováveis, como no caso a energia solar, utilizando-se a chamada energia fotovoltaica, tem papel preponderante neste novo liame de crescimento e meio ambiente. Também, é importante destacar a problemática vivida em vários centros que não possuem disponibilidade de instalação de tal sistema, pois necessária área para colocação de painéis, surgindo, assim, a locação de telhados para transferência da energia gerada.

Palavras-chave: Meio Ambiente; Fontes renováveis; Energia fotovoltaica; Locação de telhados.

Abstract: This research aims to analyze the existing conflict between the natural environment and economic development, as it is clear that its degradation is closely linked to the countries' need for growth. Furthermore, the focus of the research, given the enormity of the theme, focuses on the use of electricity by renewable systems, as they are considerably less harmful to the environment. This conflict is also a theme of the sustainable development goals of Agenda 2030. Therefore, the use of energy from renewable sources, such as solar energy, using the so-called photovoltaic energy, has a preponderant role in this new growth link and environment. It is also important to highlight the problems experienced in several centers that do not have the availability of installing such a system, as an area for the placement of panels is necessary, thus giving rise to the rental of roofs for transferring the generated energy.

Keywords: Environment; Renewable sources; Photovoltaics; Rental of roofs.

Recebido em: 14/9/2022
Aprovado em: 29/10/2022

* Mestranda em Desenvolvimento Local. Especialista em Direito do Trabalho, Direito Bancário e Direito Processual Civil. Bacharela em Direito pela Faculdade Doctum Manhuaçu/MG. Advogada. E-mail: advogadanayara@yahoo.com.

** Especialista em Direito Processual Cível; e Crime e Processo Penal pela Universidade Candido Mendes (UCAM); Direito do Trabalho pela Universidade Norte do Paraná (UNOPAR); Gestão Pública Municipal; e Direito de Família pela Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste). Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas de Caratinga. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Fadileste. Assessor de Juiz no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. E-mail: reinaldo_laviola@yahoo.com.br.

Introdução

Na atualidade, a busca pelo meio ambiente sustentável faz parte da rotina de parte da população. Em contrapartida, existem aqueles que se contrapõem por interesses particulares, principalmente visando o critério econômico, o lucro. Assim, o presente artigo abordará o meio ambiente e a economia com foco na agenda 2030, especificamente na utilização de novas fontes de energia, como ocorre no caso da utilização de gerador de energia elétrica de titularidade dos próprios consumidores, oriundo de fontes renováveis, como no caso da energia solar, na produção de energia fotovoltaica.

O problema da pesquisa se apresenta no impacto ambiental pelas atuais fontes de energia utilizadas pelas grandes concessionárias de serviços públicos e empresas públicas no Brasil, e, ainda, no importante papel das pessoas/empresas/consumidores na utilização de novas fontes de energia sustentável, com vista a oferecer sua participação na Agenda 2030.

Através do presente estudo será possível trabalhar a Resolução Normativa nº 482/2012, com importante alteração dada pela Resolução 687/2015, da ANEEL (REN ANEEL 482), que permite aos particulares a utilização de sistemas de geração de energia próprios, através de fontes renováveis, como a energia solar e a eólica.

A citada alteração dada pela Resolução 687/2015 permite, inclusive, a locação de imóveis (telhados, lotes etc.) para instalação de central geradora de energia elétrica, como mecanismos de incentivo à produção de energia elétrica.

Este trabalho seguiu os conceitos do estudo exploratório, por meio de pesquisa bibliográfica, conforme explica Antonio Carlos Gil, “é desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído de livros e artigos científicos” (Gil, 2008).

Para as fontes de pesquisa foram utilizados artigos científicos que abordaram a temática sobre economia popular cooperativa e manual de orientação a criadores tipo Embrapa, disponíveis nos links da Scielo, publicados nos últimos 10 anos. Além de sites que apresentam estatísticas sobre o Brasil.

A coleta de dados foi feita da seguinte maneira: a leitura do material selecionado, verificando se o conteúdo trazido contém interesse do trabalho e o registro das informações retiradas destas fontes como instrumento científico.

Realizada leitura analítica a fim de ordenar as informações para que resultados fossem estabelecidos posteriormente.

Justifica-se a temática pela importância dos impactos ambientais que as principais fontes de energia utilizadas atualmente causam ao meio ambiente, inclusive pela sua importância no aspecto econômico.

Conceito de desenvolvimento sustentável na agenda 2030

A Agenda 2030 entrou em vigor em 1º de janeiro de 2016 com 17 objetivos para transformar o desenvolvimento do mundo, alcançando um novo patamar também na relação entre o homem e sua relação com a natureza. Vejamos:

- objetivo 1: acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares;
- objetivo 2: acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável;
- objetivo 3: assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades;
- objetivo 4: assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos;
- objetivo 5: alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas;
- objetivo 6: assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos;
- objetivo 7: assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos;
- objetivo 8: promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos;
- objetivo 9: construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação;
- objetivo 10: reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles;
- objetivo 11: tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis;
- objetivo 12: assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis;
- objetivo 13: tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e seus impactos;
- objetivo 14: conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável;
- objetivo 15: proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade;
- objetivo 16: promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis;
- objetivo 17: fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável (ONU, 2016, p. 19-42).

Percebe-se dos objetivos insculpidos que o trabalho é árduo, necessitando, pois, de uma participação conjunta entre a população e o Poder Público, inclusive com incentivos para o desenvolvimento/recuperação de vários organismos ambientais, possibilitando, ainda, uma melhor qualidade de vida à população, com um meio ambiente mais saudável.

Ademais, destacamos dentro do contexto dos objetivos apresentados aqueles constantes dos itens 07 (assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos) e 11 (tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis) quanto à disponibilidade de energia elétrica dentro de um ambiente social sustentável.

O objetivo 07 deve ser analisado em torno das modalidades de energia renovável, visto que o olhar deve se voltar também em favor do meio ambiente, como modo de evitar a emissão de resíduos, gases poluentes do efeito estufa, amenizando o aquecimento global.

Ainda, o objetivo 11 traduz a busca de uma cidade sustentável, com planejamento, gestão participativa, dando acesso a todos a moradia/habitação segura, transporte a preço acessível, acesso a serviços públicos de qualidade, como no caso do acesso a uma energia elétrica baseada em meios hígidos de produção, sem que haja degradação do meio ambiente.

Sistema de produção de energia no Brasil

O sistema brasileiro utiliza como fonte predominante de produção de energia as hidrelétricas. Conforme Manuel Rangel Borges Neto e Paulo César Marques de Carvalho:

A geração hidroelétrica é classificada como uma fonte renovável de energia em função do ciclo da água. Os principais benefícios, além de geração de energia elétrica, estão no armazenamento de água para o consumo humano, de animais e plantações, na possibilidade de criação de peixes e outras culturas aquáticas e na formação de áreas de lazer e desportos para as comunidades ribeirinhas ou próximas ao lago. Contudo, é possível relacionar alguns impactos negativos causados pela formação dos lagos das represas. Ao inundar grandes áreas, coloca-se em indisponibilidade todo o potencial do terreno para exploração de minérios e para agropecuária. Em diversos casos, cidades inteiras necessitam de realocação, o que leva a impactos sociais e culturais. A construção de grandes barragens altera o fluxo natural do rio que, em geral, passa a ser perenizado, pode interferir no

ciclo reprodutivo de peixes de piracema e, por consequência, trazer risco de extinção de espécies ou mesmo de cadeias alimentares. O microclima da região próxima às represas também sofre modificação, uma vez que se aumentam a evaporação e, de certa forma, o ciclo da água para a região. Um fator extremamente importante diz respeito às emissões de gases do efeito estufa. De fato, a emissão de CO₂, comparada a emissão de outros tipos de fontes primárias como os combustíveis fósseis, é bem menor, contudo o manejo inadequado, por ocasião da formação do lago, pode submergir grandes quantidades de matéria orgânica. Esse material, ao se decompor no fundo dos lagos, produz metano (CH₄), 21 vezes mais danoso para atmosfera que o dióxido de carbono.

Contudo, deve ser consignado que tal fonte de energia tem passado por diversos problemas, com evidência à crise hídrica:

Crise hídrica é como tem sido chamada a falta de água para abastecimento humano em grandes cidades brasileiras, principalmente na Região Metropolitana de São Paulo, entre 2013 e 2015, e no Distrito Federal, desde o final de 2016 até o presente. Embora essas cidades situem-se em regiões de altos índices de pluviosidade anual, elas foram atingidas por secas extremas, que colapsaram seus reservatórios de abastecimento hídrico, e seus moradores foram submetidos a estratégias de racionamento de água. As causas dessas crises não se resumem à falta irregular de chuvas. Elas são o resultado de um somatório de fatores, que incluem as anomalias meteorológicas, mas envolvem, também, má gestão dos recursos hídricos, falta de infraestrutura de abastecimento capaz de acompanhar o aumento da demanda, educação para um consumo racional de água, redução de desperdícios, uso de fontes alternativas aos reservatórios e controle de problemas ambientais, especialmente o desmatamento e a poluição. A escassez de água também atinge, de forma crônica, o semiárido nordestino, onde as secas são fenômenos naturais recorrentes. A seca que assola a região desde 2011 é considerada a mais forte dos últimos sessenta anos. Nessa região, a atuação governamental tem se pautado em ações emergenciais, de suprimento de água e assistência social. Os esforços no sentido de promover atividades econômicas adaptadas às condições climáticas regionais têm sido insuficientes. Eventos extremos vêm se acumulando no Brasil, nas últimas duas décadas. Além da crise hídrica no Sudeste e no DF e a forte seca que assola o Nordeste, acrescentem-se secas intensas em 2005 e 2010 e enchentes em 2009, 2012, 2014 e 2015 na Amazônia; chuvas extremas e consequentes deslizamentos de terra em 2011 e 2013, na Região Serrana do Rio de Janeiro, que deixaram centenas de mortos; tornado de Xanxerê (SC), em 2015; e inúmeros outros desastres registrados em todo território nacional pela Secretaria

Nacional de Proteção e Defesa Civil. Esses eventos enquadram-se nas projeções de aumento da frequência e da intensidade dos eventos extremos decorrentes das mudanças climáticas, do *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC). Portanto, não se pode negligenciar a possível correlação entre os desastres ocorridos nos últimos anos e as mudanças climáticas. Medidas adaptativas precisam ser adotadas, de forma a evitar que eventos extremos ocasionem desastres (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

Percebe-se que a crise advém de vários fatos. Com efeito, a principal causa continua sendo a ação humana, com ausência de efetivo cuidado com um meio ambiente sustentável, uso irregular e imoderado dos recursos hídricos etc.

Também é necessário citar o petróleo como grande fonte de energia classificado como não renovável. Conforme disciplina de Carlos Sérgio Gurgel da Silva (2015, p. 28-43):

O petróleo é, sem dúvida, a principal fonte energética do mundo. Sua exploração ganhou impulso no século XX, substituindo outro combustível fóssil muito utilizado nos séculos anteriores, o carvão natural. O consumo deste recurso natural em máquinas e na indústria em geral, e até para produção de energia elétrica, tem sido incrementado a cada dia, gerando para as sociedades atuais uma dependência econômica cada vez maior. Na contramão do processo, ambientalistas e técnicos apontam para os problemas ambientais, econômicos e técnicos que deverão ser enfrentados na atualidade e nas próximas décadas [...].

Outra importante questão apontada é a escassez do produto. Embora a exploração esteja acelerada, o fato de se tratar de uma fonte de energia não renovável, traduz que inevitavelmente em algum momento no futuro, haverá crise pela falta do produto. É o que ocorrerá também com outras fontes de energia não renováveis, como o carvão e o gás natural.

Em contrapartida, podemos citar outros meios de produção de energia classificadas como renováveis, como a produção por parte de usinas eólicas.

As fazendas eólicas, também conhecidas como parques eólicos ou usinas eólicas, contêm um determinado número de aerogeradores, equipamentos capazes de extrair a energia cinética do vento e transformá-la em energia elétrica. Fadigas (2011, p. 40) ensina que o vento é causado pelo aquecimento e rotação do planeta. Custódio (2013, p. 10) explica que a energia cinética do ar em movimento, o

vento, varia continuamente, seja na velocidade, seja na direção, e para o seu aproveitamento como fonte de energia é necessário o estudo de como se comporta no espaço e no tempo (SCHREINER, 2018, p. 189-210).

Ademais, é cediço que a fonte eólica auxilia com a amenização dos danos ambientais, visto que obtida através da extração de energia a partir da força dos ventos, sendo fonte de energia totalmente limpa.

Destaca-se a modalidade de energia renovável conhecida como energia solar. Tal fonte de energia pode se dar de duas formas, adquirida a partir do calor do sol, a chamada energia termossolar, ou a partir da luz do sol, a chamada energia fotovoltaica.

O efeito fotovoltaico significa geração de uma diferença de potencial na junção de dois materiais diferentes em resposta a radiação visível ou outra. Todo campo de conversão de energia solar em eletricidade é, portanto, significado como a “energia fotovoltaica”. A energia fotovoltaica significa literalmente “eletricidade leve”, porque “foto” é um radical da palavra grega “phôs” que significa luz e “Volt” é uma abreviação do nome de Alessandro Volta (1745-1827), que foi pioneiro no estudo da eletricidade. Uma vez que um leigo geralmente não conhece o significado da palavra fotovoltaica, um termo popular e comum para se referir à energia solar fotovoltaica é a eletricidade solar (SION, 2020, p. 107-108).

No Brasil, a modalidade de energia fotovoltaica vem crescendo demasiadamente, inclusive com a participação do Poder Público, a partir de incentivos, como também pela conscientização da necessidade de um meio ambiente sustentável.

Como exemplo da participação do Poder Público foi a implementação na cidade de São Paulo, da obrigatoriedade da utilização de energia solar em determinados imóveis, visando especialmente minimizar a falta de energia elétrica, como, também, a utilização de fonte de energia renovável.

Pensando também na economia de energia, o prefeito de São Paulo, Gilberto Kassab, encaminhou à Câmara dos Vereadores projeto de lei, tornando obrigatória a utilização de energia solar em novas edificações. A implantação dessa tecnologia contribui para a redução de danos ao meio ambiente e para o uso racional dos recursos naturais. É uma boa proposta para o cidadão dar sua contribuição à falta de energia no futuro e dizer não ao “apagão”. Esse projeto torna obrigatória a implantação do sistema de aquecimento de água por meio de energia solar em imóveis não residenciais que usam muita água, tais como:

hotéis, motéis, clubes esportivos, casas de banho e sauna, academias de ginástica e lutas marciais, escolas de esportes e estabelecimentos de locação de quadras esportivas, hospitais, unidades de saúde com leitos e casas de repouso, escolas, creches, abrigos, asilos e albergues, quartéis, lavanderias industriais, de prestação de serviço ou coletivas, clínicas de estética e institutos de beleza e cabeleireiros. As indústrias não serão obrigadas a implantar energia solar se não usarem água aquecida em seu processo produtivo nem disponibilizarem vestiários aos funcionários. Será obrigatória, no entanto, a implantação do sistema nas residências que tiverem mais de três banheiros e nas edificações, novas ou antigas, que venham a construir piscinas de água aquecida. As vantagens de tais medidas são economizar energia elétrica e diminuir o seu consumo nos horários de pico. Após o seu trâmite legal, o projeto de lei foi aprovado pela Câmara dos Vereadores e sancionado pelo prefeito no dia 3 de julho de 2007, transformando-se na Lei n. 14.459, de 3 de julho de 2007. O secretário do Verde e Meio Ambiente do município ressaltou que o aquecedor será item obrigatório para obtenção do alvará e do habite-se para o funcionamento de empreendimentos comerciais e residenciais (SIRVINSKAS, 2018, p. 342).

A principal norma regulamentadora é a Resolução Normativa nº 482 de 17 de abril de 2012, com alteração dada pela Resolução nº 786, de 24 de novembro de 2015, que "estabelece as condições gerais para o acesso de microgeração e minigeração distribuída aos sistemas de distribuição de energia elétrica, o sistema de compensação de energia elétrica, e dá outras providências".

Dentre as inovações, pode-se destacar a permissão que o consumidor tenha acesso à rede das empresas de distribuição de energia elétrica (art. 3º da Resolução ANEEL 482/2012), visto que a disciplina anterior o produtor de energia elétrica não poderia ligar seu sistema à rede de distribuição, o que trazia imensos prejuízos, inclusive na falta de regularidade de seu sistema próprio.

Ademais, a citada Resolução também inovou ao criar o sistema de compensação de energia elétrica para uso desses consumidores detentores de equipamentos de autogeração de energia elétrica oriunda de fontes renováveis.

Tal sistema fundamenta na injeção na rede elétrica de distribuição da energia elétrica produzida por uma unidade consumidora de energia, podendo, posteriormente compensada com o consumo de energia dessa unidade ou de outras unidades (artigos 2º, III, 6º, 6ºA e 7º, da Resolução 482/2012).

Nesta modalidade de produção de energia, o consumidor instala geradores em sua unidade consumidora, como painéis solares fotovoltaicos, e a energia produzida será utilizada para abatimento do consumo realizado pela unidade. Contudo, existe a possibilidade de a geração de energia ser maior que o consumo, o que traduz em

crédito em favor da unidade ou, ainda, abater o consumo em outra unidade tarifada previamente cadastrada.

Importante destacar que: a energia injetada pela unidade consumidora dotada de equipamentos de autogeração com base em fontes renováveis é “cedida, por meio de empréstimo gratuito, à distribuidora local e posteriormente compensada com o consumo de energia elétrica” (art. 2º, III, da Resolução ANEEL 482/2012).

Em síntese, a Resolução comentada visa incentivar a geração da energia para o consumo próprio do consumidor/produtor.

A energia fotovoltaica: vantagens e desvantagens vividas no Brasil

Dentro dos objetivos de desenvolvimento sustentável apresentados pela Agenda 2030, observa-se a presença de busca de formas de energia sustentável. Neste ambiente de busca por desenvolvimento sustentável, necessário que o paralelo entre economia e meio ambiente busque meios para equalizar o papel de cada um dentro desse sistema. Vê-se que com o aumento populacional, a necessidade de novas moradias, as grandes indústrias, toda a dependência ambiental, como água, madeiras, traduz numa degradação cada vez maior.

Assim, dentro do aspecto da energia elétrica, a energia fotovoltaica traduz numa possibilidade de amenizar os impactos ao meio ambiente, pois utilizar os próprios espaços já ocupados pelo ser humano, para criação de sistemas de produção de energia afastar, amenizar, inúmeros danos ao meio ambiente.

Exemplo de danos ambientais decorrentes da produção de energia através de hidrelétricas é o caso da Usina Belo Monte, situada no Rio Xingu, no Estado do Pará. A construção da Usina de Belo Monte gera debate na comunidade internacional desde o anúncio de sua criação, visto o tamanho impacto e importância desse projeto não só para o Brasil, mas para o meio ambiente como um todo. A localização da obra na Amazônia atrai a atenção e gera preocupação de diversos atores em âmbito local e global, sobretudo pelo papel que a região desempenha como fronteira geopolítica da biodiversidade (BECHER, 2005).

Célio Bermann cita os aspectos dos danos ambientais de que a usina hidrelétrica de Belo Monte causará na população:

O fato é que a região da Volta Grande do Xingu sofrerá uma severa diminuição dos níveis de água no trecho seccionado do rio. A “garantia” de uma vazão ecológica de 700 m³ /s é uma ficção e não permite

à população (incluindo as comunidades indígenas Paquiçamba e Arara) que fi cará na região, água suficiente para suas necessidades (transporte e alimentação à base de pesca). É possível acreditar em uma fiscalização independente da Agência Nacional de Águas (ANA), que monitore regularmente as vazões, de forma a impedir que não se turbine as águas necessárias para a geração nas épocas de hidrologia reduzida? O resultado é que as populações indígenas e as populações ribeirinhas tradicionais foram deliberadamente colocadas à margem do processo de discussão da obra. O processo de consulta nas audiências públicas para o licenciamento ambiental da usina de Belo Monte foram obras de ficção. Os indígenas sofreram toda sorte de constrangimentos para participar dos debates, as comunidades não foram consultadas, e as críticas levantadas acabaram desconsideradas de forma sistemática por um Painel de Especialistas constituído por cientistas e professores de importantes universidades brasileiras (BERMANN, 2012, p. 11).

Em contrapartida as usinas de grande porte, portanto, destacamos as pequenas produções de energia realizadas pelos próprios consumidores, que realizadas em grande escala, podem, evidentemente, minorar consideravelmente a dependência em relação as grandes produtoras de energia, bem como os efeitos causados ao meio ambiente.

A grande insolação no Brasil, o crescimento das instalações de placas

Conforme afirma Fausto de Paula Menezes Bandeira (2012), o local no Brasil onde ocorre a menor radiação solar global se dá no estado de Santa Catarina (4,25 kWh/m²), valor este, é cerca de quatro vezes superior ao apresentado para o território da Alemanha, país que é líder mundial no aproveitamento de energia solar.

Verifica-se, a partir de tal afirmativa, que o Brasil possui um potencial de energia solar extremamente valioso. Mesmo assim, encontra-se em fase inicial de implementação de políticas públicas que efetivamente tragam evidencia a esta modalidade de produção de fonte de energia.

O sítio de notícias CNN Brasil trouxe uma importante informação acerca do crescimento e desenvolvimento da energia fotovoltaica. Vejamos:

A indústria de energia solar está radiante. Ela conseguiu bater recordes em 2020, enquanto alguns setores da economia tiveram dificuldades por causa da pandemia. A instalação de painéis solares cresceu 70% no ano passado, gerando 7,5 gigawatts – o que representa quase metade da hidrelétrica de Itaipu. Tanto o comércio como casas estão optando pela instalação de placas de captação de energia solar para reduzir a conta de luz. Um exemplo: o Cadeg, mercado municipal do Rio de Janeiro,

instalou 5.000 placas fotovoltaicas no telhado em 2018, o que permitiu poupar R\$ 900 mil na conta de luz. Por mais que 2020 tenha sido um ano bom para a indústria, vale dizer que foi só a cereja de um bolo que vem crescendo há 10 anos. Isso porque o preço dos equipamentos caiu quase 90% por causa de facilidades dadas pelos governos, deixando essa tecnologia cada vez mais acessível aos consumidores em geral. A incidência de raios solares no território brasileiro também favorece a produção. Enquanto a Europa conta com uma capacidade limitada a 10% de produção, aqui no Brasil esse número triplica graças à posição geográfica do país. Isso sem contar facilidade econômicas: há 70 linhas de crédito (públicas e privadas) para quem quer investir nesse tipo de energia (FADDUL, 2021).

Percebe-se o potencial que a energia fotovoltaica possui dentro do sistema econômico brasileiro, com vistas a ter reflexo direto também na questão ambiental, o que traduz em unir o útil ao essencial.

O poder aquisitivo da população e disponibilidade de telhados; o poder aquisitivo das empresas e a falta de espaços para instalar as placas e as garantias de abatimentos mensais

Indo de encontro aos problemas de desenvolvimento econômico, a dificuldade de se diminuir as diferenças de poder aquisitivo da população brasileira, traduz em problemas para implementação ainda mais rápida da utilização da energia fotovoltaica. A necessidade de investimentos para aquisição dos instrumentos esbarra na crise econômica vivenciada pela população brasileira.

Atualmente diversos bancos possuem linhas de crédito disponíveis para financiamento de energia solar (FNE Sol; Linha Financiamento Solar Santander; BB Financiamento PJ – Renováveis; Financiamento para Energia Solar – Sicredi; Financiamento de Energia Solar – Banco da Amazônia; Agro Pronaf Banco do Brasil etc.). Contudo, o fator custo de instalação ainda é alto, o que afasta muitos de realizar tal investimento.

Outra importante questão é aquela que está vinculada ao local de instalação da energia fotovoltaica. Segundo ABRVA (2006), existem aproximadamente 250.000 aquecedores solares instalados no Brasil, o que representa apenas 0,6% do total de residências brasileiras. Tal situação representa um número muito baixo em relação ao potencial solar existente no país, o que demonstra o desperdício de tal fonte renovável. Apesar disso, conforme anteriormente afirmado, é um mercado em crescimento.

Alternativa importante para falta de espaço para geração solar, o que poderá ser amenizado pelo aluguel de telhados dos consumidores pelas distribuidoras para instalar sistemas de geração solar.

Decerto, existe regramento específico para que tal vínculo jurídico contratual possa ser realizado. A forma correta é solicitar a instalação de uma nova unidade consumidora que será utilizada exclusivamente para injetar a eletricidade produzida na rede. Outra exigência é que a cobrança do aluguel não pode ter nenhuma relação com a quantidade de energia produzida, ou seja, o preço da locação não pode ser definido e nem variar em função da quantidade de eletricidade injetada pelo sistema instalado.

Conclusão

A par de todos os elementos aqui apresentados, verifica-se um papel especial no modo como ocorre a produção de energia fotovoltaica, com efeitos menos danosos para o meio ambiente, pode também traduzir em ganhos econômicos, pois a geração desta modalidade de energia traz implemento para um novo campo de atuação no mercado de energia elétrica; traduz em economia para o consumidor/produtor; melhor tratamento ao meio ambiente etc.

O conhecimento geral de todos os meios de produção de energia, bem como o implemento pelos organismos de combate a degradação ambiental, apesar de existirem inúmeras situações que causam danos ao meio ambiente, é um ponto crucial para dar foco a novos mecanismos. Com papel fundamental do consumidor/produtos, auxílio dos organismos públicos responsáveis, existe grande avanço na produção de energia fotovoltaica, que beneficia tanto o consumidor quanto o produtor em todos os aspectos.

Referências

- ABRAVA. Associação Brasileira de Refrigeração, Ar Condicionado, Ventilação e Aquecimento. Energia Solar como fonte térmica. Disponível em: <<http://www.abrava.com.br/>>. Acesso em: 28 jun. 2021.
- BANDEIRA, F. de P. M. Aproveitamento da energia solar no Brasil: Aproveitamento e perspectivas. *Consultoria Legislativa*, mar. 2012. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/9008/aproveitamento_energia_bandeira.pdf?sequence>. Acesso em: 18 jun. 2021.

- BECKER, B. K. Geopolítica da Amazônia. *Estudos Avançados*, v. 19, n. 53, p. 71-86, 2005.
- BERMANN, C. O projeto da Usina Hidrelétrica Belo Monte: a autocracia energética como paradigma. *Novos Cadernos NAEA*, v. 15, n. 1, p. 5-23, 2012.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Crise hídrica*. 2018. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/fiquePorDentro/temas/crise-hidrica-mar-2018>>. Acesso em: 21 jul. 2022.
- DA SILVA, C. S. G. Tutela ambiental na indústria do petróleo, gás natural e biocombustíveis: aspectos constitucionais e legais. *Fórum de direito urbano e ambiental*, v. 14, n. 82, p. 28-43, 2015.
- FADDUL, J. Energia solar cresce 70% no Brasil apesar da pandemia e espera 2021 positivo. *CNN*, 16 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/2021/01/16/energia-solar-cresce-70-no-brasil-apesar-da-pandemia-e-espera-2021-positivo>>. Acesso em: 28 jun. 2021.
- GIL, A. C. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- NETO, M. R. B.; DE CARVALHO, P. C. M. *Geração de elétrica: fundamentos*. São Paulo: Érica, 2012.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Transformando nosso mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. Brasília: Nações Unidas no Brasil; Governo Federal, 2016. Disponível em: <https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/Brasil_Amigo_Pesso_Idosa/Agenda2030.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2021.
- SCHREINER, G. H. Descomissionamento ambiental: análise da temática em empreendimentos de geração de energia eólica. *Revista de Direito Ambiental*, v. 92, p. 189-210, 2018.
- SION, A. O. (coord.). *Energia e meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2020.
- SIRVINSKAS, L. P. *Manual de direito ambiental*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.