

# conceito jurídico

ano V | novembro de 2021 | nº 59



Emmerich Ruysam

Alta do Bitcoin e os principais pontos sobre a criptomoeda **Pág. 7**



  
zakarewicz  
editora

## Direito à saúde mental



### PAINEL ECONÔMICO

**Márcio Olímpio Fernandes**

Reformas Trabalhistas,  
a Economia e suas  
Constatações Incômodas



### IN VOGA

**Cássio Faeddo**

Direito ao desenvolvimento  
econômico é um direito humano



### PORTAL JURÍDICO

**Mauro Loeffler**

A pobreza energética e os  
"gatos de luz"

# ASSINE

# conceito jurídico

À frente dos grandes  
temas jurídicos



## APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

LEITURA INDISPENSÁVEL  
PARA QUEM QUER ESTAR  
EM SINTONIA COM AS  
TENDÊNCIAS DO  
MUNDO JURÍDICO

## conceito jurídico

**EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL:** Adriana Zakarewicz

**Conselho Editorial:** Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Esdras Dantas de Souza, Habib Tamer Badião, José Augusto Delgado, José Janguê Bezerra Diniz, Kiyoshi Harada, Luiz Flávio Borges D'Urso, Luiz Otavio de O. Amaral, Otavio Brito Lopes, Palhares Moreira Reis, Sérgio Habib, Wálteno Marques da Silva

**Diretores para Assuntos Internacionais:** Edmundo Oliveira e Johannes Gerrit Cornelis van Aggelen

**Colaboradores:** Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Anderson Couto do Amaral, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnoldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymier, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrichi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gina Copola, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Theodoro Jr., Inocêncio Mártires Coelho, Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, Jessé Torres Pereira Junior, J. E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Carlos Barbosa Moreira, José Luciano de Castilho Pereira, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Líbero Penello Filho, Lincoln Magalhães da Rocha, Luiz Flávio Gomes, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Néelson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

**Diretor Geral:** André Luis Marques Viana

**Revisão:** ZK Editora

**Arte e Diagramação:** Charles Design

**Marketing:** Diego Zakarewicz

**CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE**

Tel. (61) 3263-1362

**Redação e Correspondência**

artigos@zkeditora.com.br

**Revista Conceito Jurídico** é uma publicação da Zakarewicz Editora. As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista.

**ANÚNCIOS**

comercial@zkeditora.com.br

**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS**

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.

  
zakarewicz  
editora





*Rafael Guimarães*

ARQUIVO PESSOAL

## Regulamentação dos créditos de carbono é uma solução viável para reduzir a emissão de gás metano e aquecer a economia

**“É preciso a união concisa entre consciência ambiental e aquecimento do comércio, caso contrário, as ideias ficarão apenas no papel.”**

O reconhecimento do papel das florestas como solução indispensável para combater a emergência climática, foi um dos assuntos discutidos durante a Conferência das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas (COP26), realizada em Glasgow, na Escócia. O desmatamento ilegal e a emissão de gás metano, proveniente principalmente da pecuária, são uma preocupação mundial, mas é preciso pensar em soluções assertivas para que os acordos de zerar a deflorestação e o gás até 2030 não sejam apenas previsões demagógicas.

Regulamentar a preservação e expandir o mercado com soluções renováveis, são alternativas para a redução de poluentes, sobretudo a de dióxido de carbono e do gás metano, extremamente agressivo ao meio ambiente. O cultivo agropastoril e a obrigação de os grandes produtores terem florestas próprias, são soluções viáveis ao que foi levantado na COP26 para que o compromisso, firmado por mais de 100 países, realmente saia do papel.

O Brasil tem potencial para entrar com força nesse mercado global, visto que acabar com o desmatamento e promover a restauração de florestas e paisagens, são contribuições eficazes que o país pode oferecer no combate à emergência climática, mas isso só será possível se os governantes encontrarem meios de unir preservação e crescimento da economia. O problema é que não há uma regulamentação bem consolidada que incentive os empresários a aderirem às mudanças, como adaptarem seus negócios para comercializar créditos de carbono.

A COP26 sinaliza a possibilidade de regularizar as florestas já plantadas como uma boa forma do país explorar economicamente o mercado, o que traz o Brasil como um dos principais agentes.

Uma outra situação ocorre na atividade de pecuária, que terá reflexos, pois os países firmaram uma obrigação de reduzir a emissão de gás metano. Os grandes produtores podem utilizar alternativas como a do cultivo agropastoril ou de algum outro mecanismo que reduza a emissão de poluentes, para catabolizar e filtrar a emissão de gases. Ainda, esses produtores poderão também cultivar florestas ou contribuir com projetos de redução de contaminadores, o que implica na compensação entre preservação/emissão de gases. Isso significa que os produtores poderão cumprir a meta de diminuir o metano e poderão estudar ainda a comercialização de créditos de carbono.

Se voltarmos no tempo, quando houve a Eco-92 e o Protocolo de Quioto, em 97, já havia a preocupação em reduzir poluentes responsáveis pelo efeito estufa. Foi a partir do protocolo formado no Japão, inclusive, que os países passaram a ter alternativas para atingir as metas de redução de gases, por meio de negociações. O crédito de carbono, adquirido pelos projetos que reduzem a poluição ou catabolizam o carbono da atmosfera, pode ser comercializado com os países que têm a obrigação de reduzir os gases, mas não conseguem pelos meios ordinários, resultando no equacionamento da obrigação de redução de forma global.

A partir do momento em que a regulamentação do carbono e a preservação das florestas forem opções para o governo, o Brasil terá a possibilidade de fazer acordos economicamente melhores no mercado. O fomento ao comércio oficial reduzirá os poluentes e também levará chance para os grandes produtores conquistarem o consumidor que, cada vez mais, compra produtos de fornecedores com consciência ambiental.

O mesmo princípio da Eco-92 e do protocolo de Quioto, em relação ao meio ambiente, está sendo lapidado desde então, mas ainda não há estratégias eficientes para conquistá-lo. O Brasil é o principal país na produção de crédito de carbono no mundo e poder comercializá-lo, principalmente aos europeus, é uma forma precisa de movimentar a economia. Para isso, seriam necessárias mais ações dos governos e menos encargos e impostos aos produtores que desejam melhorar as suas propriedades. É preciso a união concisa entre consciência ambiental e aquecimento do comércio, caso contrário, as ideias ficarão apenas no papel. 

---

**RAFAEL GUIMARÃES** é Advogado, especialista em Direito Ambiental e Mudanças Climáticas pela PUC-SP. cursou pós-doutorado pelo Programa Nacional de Pós-doutorado da Capes (PNPD). É Doutor em Direito pela PUC-SP e Professor na pós-graduação na PUC-PR e na Universidade Paranaense.

# SUMÁRIO

3

COM A  
PALAVRA

**Regulamentação dos créditos de carbono é uma solução viável para reduzir a emissão de gás metano e aquecer a economia**

Rafael Guimarães

7

ENTREVISTA

**Alta do Bitcoin e os principais pontos sobre a criptomoeda**

Emmerich Ruysam

10

PAINEL  
ECONÔMICO

**Reformas Trabalhistas, a Economia e suas Constatações Incômodas**

Márcio Olímpio Fernandes

15

DIREITO E  
BIOÉTICA

**Sigilo médico no autoaborto**

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

18

PAINEL DO  
LEITOR

**Áreas consolidadas e atividades agrossilvipastoris em áreas de preservação permanente**

Pedro Puttini Mendes

22

PROPOSTAS E  
PROJETOS

**A tributação no Brasil incentiva o que deve ser evitado. Fim da isenção sobre lucros e dividendos produzirá mais justiça fiscal**

Rodrigo Spada e Jefferson Valentin

24

DESTAQUE

**A Democracia Líquida Brasileira**

Reis Friede

26

CAPA

**Lacunas na lei da Política Nacional de Saúde Mental e o cenário pandêmico**

José Santana Júnior

29

CAPA

**A internação involuntária de dependentes de drogas em situação de rua**

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

34

PORTAL  
JURÍDICO

**A pobreza energética e os "gatos de luz"**

Mauro Loeffler

56

COMO DECIDEM  
OS TRIBUNAIS

**Real alcance da decisão do STF no julgamento do tema 962 da Repercussão Geral**

Edmar Oliveira Andrade Filho e  
Marcelo Magalhães Peixoto

59

IN VOGA

**Direito ao desenvolvimento econômico é um direito humano**

Cássio Faeddo

62

CONJUNTURA

**A Realidade Social, Econômica e Tributária brasileira**

Allan Titonelli Nunes

68

CONTEXTO

**O encerramento de exercício e a prestação de contas do Município**

Flávio Corrêa de Toledo Júnior

82

VISÃO JURÍDICA

**Imposto Brasileiro sobre Grandes Fortunas: a constitucionalização do equívoco**

Ivana Mussi Gabriel e Gustavo Calçado

91

ENFOQUE

**Retomada de voos internacionais com o avanço da vacinação pelo mundo: ainda é eficiente exigir preenchimento de Declaração de Saúde do Viajante?**

Bruna Ambrosio Chimenti e Rafael Verdant

94

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

**Armas: liminar da insegurança jurídica**

Fabricio Rebelo

99

GESTÃO EMPRESARIAL

**Recursos Humanos e a Gestão de Dados Pessoais Sensíveis**

Thaís Martins

102

TENDÊNCIAS

**Tecnologia 5G: Velocidade, Conectividade e Internet das Coisas**

José Matias-Pereira

105

CIÊNCIA JURÍDICA EM FOCO

**Discurso político e populismo penal: uma análise crítica da utilização populista do Direito Penal**

Gerson Faustino Rosa

121

DOCTRINA

**A nova roupagem da Súmula 377 do STF**

Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso

132

PONTO DE VISTA

**Por que o Dia Universal dos Direitos Humanos precisa ser celebrado?**

Ana Bernal



*Emmerich Ruysam*

ARQUIVO PESSOAL

## Alta do Bitcoin e os principais pontos sobre a criptomoeda

O Bitcoin ultrapassou seu valor máximo histórico e chegou aos US\$ 67 mil, mostrando que, apesar dos efeitos negativos provocados pelas restrições impostas pela China, segue em alta. A fim de esclarecer as principais dúvidas sobre uma das principais criptomoedas do mundo, o advogado, especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e em Direito Corporativo e *Compliance*, pós-graduado em Propriedade Imaterial pela Escola Superior de Advocacia e membro atuante da comissão de Direito Empresarial da OAB/SP, Emmerich Ruysam fala um pouco mais sobre o tema. Confira!

**CONCEITO JURÍDICO** – *O que é e como surgiu o dinheiro eletrônico descentralizado?*

**EMMERICH RUYSAM** – O funcionamento da rede Bitcoin foi apresentado por Satoshi Nakamoto na lista de e-mails The Cryptography Mailing, em 2007. A partir disso, o Bitcoin passou a ser considerado a primeira moeda digital mundial descentralizada, integrando um sistema econômico alternativo (peer-to-peer electronic cash system), e responsável pelo ressurgimento do sistema bancário livre, por permitir transações financeiras sem intermediários, mas verificadas por todos os usuários da rede. Os registros de transações com Bitcoin são gravados em banco de dados distribuídos, chamado de blockchain. Em resumo, o blockchain é uma arquitetura pensada para que fosse inviolável qualquer autoridade financeira ou governamental manipular a emissão e o valor da criptomoeda ou induzir a inflação com a produção de dinheiro digital.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Existe algum lugar que tenha sido considerado moeda oficial?*

**EMMERICH RUYSAM** – Desde o dia 7 de setembro de 2021, o Bitcoin passou a ser uma moeda oficial de El Salvador. A nova lei estipula que todas as empresas devem aceitar Bitcoin como forma de pagamento. O governo também criará um fundo com \$ 150 milhões de dólares em fundos públicos para facilitar as conversões de dólares, entre outras coisas.

**CONCEITO JURÍDICO** – *E quanto a regulamentação no Brasil em relação ao bitcoin e a criptomoeda?*

**EMMERICH RUYSAM** – No ordenamento jurídico brasileiro, não há uma regulamentação específica para bitcoins ou qualquer outra criptomoeda. Na prática, o bitcoin não é atrelado a economias estatais, por isso não pode ser considerado uma moeda – embora reúna vários dos principais aspectos definidores de moedas. Atualmente, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 2.303 de 2015, com a intenção de regulamentar a questão. O projeto está em fase inicial de formação de comissão para discutir sobre criptomoedas. Por outro lado, uma série de diretrizes das agências reguladoras do país tratam do tema. Em setembro de 2018, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) publicou o Ofício Circular n.1/2018/CVM/SIN, no qual permite o investimento em criptoativos de forma indireta pelos fundos de investimentos brasileiros. A Receita Federal brasileira publicou em maio de 2019 a Instrução Normativa 1888 (IN 1.888) que traz uma série de definições importantes, incluindo a definição legal de criptoativos na jurisdição brasileira: *O criptoativo é “a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal”.*

**CONCEITO JURÍDICO** – *As transações com essa moeda são legalizadas ou fiscalizadas de alguma forma?*

**EMMERICH RUYSAM** – Em primeiro lugar, é necessário considerar que o bitcoin não assume um caráter de moeda, em seu sentido oficial, no Brasil. Comprar um produto com bitcoin, portanto, não equivale a comprar um produto com reais, dólares ou euros, mas à troca por um outro produto/serviço. O fato de não ser regulamentada, por outro lado, faz com que a operação não seja proibida. Portanto, se as duas partes da transação comercial aceitam utilizar bitcoins, o procedimento é juridicamente válido. A fiscalização, por outro lado, se dá da mesma forma que qualquer outro tipo de negociação comercial. Os produtos e serviços possuem valor estimado e devem ser corretamente declarados, tendo seus tributos recolhidos, se necessário.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Quais os cuidados, do ponto de vista legal, os usuários devem tomar?*

**EMMERICH RUYSAM** – Do ponto de vista de um usuário especulativo (aquele que utiliza o bitcoin como uma forma de investimento, baseado na sua cotação em relação a uma moeda tradicional), é necessário considerar que há impostos sobre os ganhos relacionados à criptomoeda, em analogia aos ganhos especulativos em outros tipos de mercado. Ao mesmo tempo, é importante considerar que a especulação desta criptomoeda ocorre em “mercados privados”. Em outras palavras, não há uma bolsa de valores regulamentada e com as garantias definidas pelo ordenamento jurídico brasileiro – como ocorre com o mercado de renda variável de ações, por exemplo. Por isso, é necessário ler atentamente o contrato com a responsável pela transação financeira, certificando-se a respeito da legitimidade da empresa. Para usuários comuns, que utilizam bitcoins para transações de produtos e serviços, os cuidados são mais relacionados aos registros. É essencial ter em mente que as transações não são tão controladas quanto uma compra em cartão de crédito. Isso torna necessário ter como provar que o valor foi gasto e cobrado de sua carteira, para reduzir os riscos de fraude.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Caso sintam-se lesados em transações, a quem os usuários podem recorrer?*

**EMMERICH RUYSAM** – Embora não haja regulamentações específicas sobre o assunto, a maior parte das disputas legais relacionadas a bitcoins podem ser resolvidas através de soluções analógicas, ou seja: aplica-se o caso em questão a casos semelhantes que sejam amparados por lei. Isso significa que é possível recorrer às mesmas vias geralmente utilizadas em uma transação tradicional. Em casos mais complicados ou de grande dano, deve-se recorrer a advogados competentes na área de direito do consumidor.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Qual a tendência para o mercado de criptomoedas?*

**EMMERICH RUYSAM** – Atualmente, percebe-se uma tendência de autorregulamentação no mercado de criptomoedas, o que faz com que raríssimos casos relacionados ao assunto efetivamente ingressem no Poder Judiciário.



## Reformas Trabalhistas, a Economia e suas Constatações Incômodas

■ POR MÁRCIO OLÍMPIO FERNANDES

**“Corremos o risco de cristalizarmos ainda mais o perfil de renda média da sociedade brasileira e o caráter semiperiférico da economia nacional, intensificando potenciais ameaças políticas e sociais.”**

**N**as últimas semanas, parte do debate econômico brasileiro esteve concentrado na divulgação de dados relativos à persistência de altos índices de desemprego no país. Já em novembro, levantamento da consultoria *Austin Rating* informava que o Brasil possuía a 4ª maior taxa de desemprego no conjunto das 40 principais economias analisadas no estudo. Amplamente divulgado pelos grandes veículos de mídia nacionais, o relatório também destacava que a taxa de desemprego no Brasil – cerca de 13,2% para o trimestre encerrado em agosto, atingindo ao redor de 13,7 milhões de trabalhadores segundo o IBGE – era o dobro da média mundial e a pior entre os membros do G20 que já haviam divulgado números para o 3º trimestre deste ano. No mês anterior, dados do IBGE já alertavam que, apesar de pequena recuperação da ocupação no país (em boa parte graças à expansão do trabalho informal), o rendimento médio do trabalho havia sofrido queda histórica no trimestre concluído em agosto. De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) do IBGE, rendimento médio real do trabalhador havia sido de R\$ 2.489 para o período citado, correspondendo a uma redução de 4,3% em 3 meses e de 10,2% em relação ao ano anterior. Esse

resultado sinalizaria uma corrosão da renda proveniente no trabalho em um ambiente de elevada inflação.

Em adição, o Índice de Atividade Econômica (IBC-Br) do Banco Central – considerado uma “prévia” do Produto Interno Bruto (PIB) tradicionalmente divulgado em dezembro –, registrou queda de 0,14% no terceiro trimestre de 2021 em comparação com os três meses anteriores. O recuo do IBC-Br no 3º trimestre aconteceu após retração também verificada nos três meses anteriores, entre abril e junho deste ano, fortalecendo expectativas de uma recessão técnica naquele intervalo temporal. Este conjunto pessimista de dados macroeconômicos poderia ser apressadamente avaliado como um efeito conjuntural derivado do cenário de Pandemia que ainda vivemos, somado ao reconhecido processo de alta geral de preços observado em escala global. No entanto, nós (que temos alertado para a natureza estrutural da insistente fragilidade da economia brasileira) somos obrigados a convidar o leitor a uma breve viagem ao Brasil pré-pandêmico.

Em princípios de 2020, o IBGE divulgava que o PIB brasileiro do ano anterior (2019) havia crescido apenas 1,1%. O anúncio acabou frustrando as expectativas de boa parte dos analistas de mercado que, logo após as eleições de 2018, chegaram a renovar a projeção de crescimento do produto para a ordem dos 2,5% no ano seguinte. Tratou-se do terceiro ano seguido de crescimento tímido da economia. Fenômeno ainda mais antigo, o pouco vigor da economia brasileira e de seu mercado de trabalho permanece assim como um debate necessário e corrente, como aliás alertou o painel econômico da edição nº 57 desta Revista Conceito Jurídico, que contou na ocasião com a contribuição do Prof. José Pastore. No entanto, em ligeira discordância com o Professor, destaco a necessidade de analisarmos o fenômeno do desemprego no Brasil para além da simples observação de seu aspecto tecnológico. Mais do que apenas restringir a limitada oferta de emprego a potenciais trabalhadores melhor educados (parte deles, inclusive, em processo de emigração econômica para outros países), a constatação incômoda é que a economia brasileira já está há considerável tempo sem estímulos dinâmicos para a geração de postos de trabalho formais de remuneração razoável. E isso também tem relação com o arcabouço jurídico refletivo pela reforma trabalhista implementada no país a partir de 2017.

## **EMPREGABILIDADE NO BRASIL: OLHANDO SOB UMA PERSPECTIVA EMPÍRICA**

Para os observadores acostumados a projeções mais profundas do cenário nacional, as tendências gerais da economia brasileira – parcialmente sinalizadas pela divulgação do PIB do ano de 2019 – não são surpreendentes e refletem uma propensão que vem se construindo já faz certo tempo. Para além de um ambiente de forte recessão nos anos de 2015 e 2016, a extensa crise das contas públicas e o conjunto das ações de ajuste fiscal compuseram um clima de forte abatimento na sociedade brasileira, gerador de grande lastro depressivo entre os agentes econômicos.

Em entrevista concedida em abril de 2017<sup>1</sup> ao Jornal *El Universal* de Caracas, já havíamos dito que grandes medidas de ajuste macroeconômico muito raramente são sentidas positivamente no curto prazo na esfera da economia real.

Na ocasião, alertamos que ainda viveríamos uma longa fase adicional de sentimentos negativos no humor econômico das famílias ainda que a economia brasileira passasse a dar sinais acanhados de recuperação nos anos seguintes. Tal como naquele momento, reiteramos hoje: agendas de caráter mais liberal poderiam ser mais bem avaliadas pela população quando efetivamente ajudassem – e assim fossem percebidas – na recuperação da renda e do emprego no médio-longo prazos. No entanto, esta correlação direta não é clara e não está baseada em evidências empíricas consistentes. Por exemplo, há muita polêmica quanto aos impactos positivos de tais reformas na sensação de bem-estar laboral e no incremento da renda do trabalho. Tal constatação é especialmente relevante ao refletirmos sobre os diferentes ciclos globais de amplas reformas trabalhistas vividos ao longo das últimas décadas.

## **O MERCADO DE TRABALHO E AS REFORMAS LABORAIS: CONSTATAÇÕES INCÔMODAS**

A tendência de frustrações com relação ao impacto de determinadas medidas econômicas pode, inclusive, ser constatadas em rápida leitura retrospectiva do noticiário nacional. Em janeiro de 2020, matéria<sup>2</sup> do jornal O Globo destacava que o mercado brasileiro seguia há mais de uma década sendo incapaz de criar vagas com ganhos acima de 2 salários mínimos. O texto jornalístico era interessante e ainda ajuda a compreender o processo de empobrecimento e de queda da renda média do trabalhador nacional. As razões então apontadas pelos especialistas citados pela matéria para explicar o fenômeno da oferta de baixos salários continuam razoáveis e confirmadas pela literatura. Porém, há outro elemento (também presente nas pesquisas mais recentes sobre o tema) curiosamente desconsiderado pelos grandes meios de comunicação nacional: a flexibilização das relações trabalhistas (motivadas por diferentes razões) em distintas partes do mundo tem gerado precarização das relações de trabalho e produzido novas vagas que podem ser ocupadas a custos (e salários) mais baixos. Esse é um fenômeno relativamente antigo em países como Reino Unido e Japão nas décadas de 1980-90 e na Península Ibérica após a Crise do Subprime de 2008 (onde se consolidou o instituto alemão dos Minijobs, criados pela Reforma Hartz a partir de 2005). O fenômeno foi e continua sendo razoavelmente bem descrito pelas imprensas locais, como indica matéria do Jornal Económico, de Portugal, com título sugestivo: “Instáveis e Mal-Remunerados: assim são os empregos criados a partir de 2013<sup>3</sup>”.

Ao que tudo indica, esse será um fenômeno permanente. Mas devo confessar que, entre os anos de 2015 e 2016, era interessante ler/assistir especialistas defendendo argumentos segundo os quais reformas trabalhistas auxiliariam na geração de mais empregos. Porém, contrariando aquelas falas, há outra constatação incômoda acerca do tema: historicamente, reformas trabalhistas nunca serviram para isso.

## **REFORMAS TRABALHISTAS E SEUS OBJETIVOS: ALIVIAR CUSTOS DE PRODUÇÃO E PROTEGER AS FIRMAS**

Na História recente, reformas trabalhistas tiveram o objetivo (muitas vezes meritório) de desafogar os custos de produção das firmas, sustentando

faturamento e margens de lucro (evitando fechamentos setoriais de vagas). Feitas em momentos de crescimento econômico, podem naturalmente gerar aumento da empregabilidade como subproduto. Mas, em fases recessivas, tendem a não gerar crescimento sustentado do emprego de qualidade. Afinal, este não é o objetivo destas reformas, é preciso reiterá-lo.

A oferta de emprego, na ótica do contratante, depende da expectativa de um ambiente econômico positivo no futuro que gere margem de demanda adicional que, por sua vez, será transformada em faturamento se o empregador tiver capacidade de entregar bens/serviços também adicionais (graças em parte à contratação de mais pessoas). Do contrário, os encargos para manter um funcionário ocioso não compensariam sua contratação (mesmo que fossem encargos mais baixos graças a uma reforma trabalhista). Quem já foi empresário – e eu sou hoje – sabe disso.

Por consequência, a constatação sinalizada pela experiência é a de que reformas laborais – mais ou menos pontuais – podem vir a ser necessárias para equilibrar mercados, aumentar a competitividade ou evitar o fechamento de empresas em setores estratégicos. Estes não são objetivos triviais. No entanto, não é razoável dizer que tais reformas são essencialmente geradoras de emprego. Para além, elas podem fortalecer certas dinâmicas recessivas, especialmente em momentos de crise econômica como o que vivemos hoje. Talvez por isso, deveriam ser postas em discussão em momentos de crescimento e não em fases de retração econômica. Essa foi a experiência alemã da Reforma Hartz.

## **A IMPORTÂNCIA DE POLÍTICAS SOCIAIS CONTRACÍCLICAS PARA COM-PENSAR A VIRTUAL NECESSIDADE DE REFORMAS LABORAIS**

A experiência histórica também destaca que os efeitos regressivos das reformas trabalhistas podem ser amenizados pela existência de sistemas de políticas sociais capazes de auxiliar os trabalhadores, especialmente os de menor renda, provendo bens/serviços públicos e assistência em fases de readaptação do mercado de trabalho. Estas políticas teriam efeitos compensatórios, contracíclicos.

Reformas trabalhistas excessivamente amplas tendem a nivelar para baixo os salários médios e, como medida indiscriminada de ajuste macroeconômico, podem ser desaconselháveis. Com o tempo, os mercados podem se recuperar, mas os salários mantêm uma tendência de baixa até que a economia passe por ganhos de produtividade notáveis e sustentáveis derivados de outros fatores. Isso é especialmente perigoso para países fortemente dependentes de seu mercado interno para movimentar a economia (como o Brasil).

Sociedades com redes de políticas sociais relativamente consistentes e com razoável equilíbrio de renda (como a Espanha, a Alemanha, o Reino Unido ou mesmo Portugal) conseguem absorver este problema sem grandes traumas. Mas temo que países como o Brasil venham a sofrer um amplo aumento da pobreza e da miserabilidade, especialmente em um momento de crescimento tímido e de redução dos investimentos públicos em políticas sociais.

É preciso sempre recordar: em um país com renda altamente concentrada como o Brasil, possuir ganhos salariais individuais da ordem de R\$ 16 mil/mês já pode classificar uma pessoa entre os 5-8% mais ricos do país<sup>4</sup>. Possuir

renda, nos mesmos parâmetros, da ordem de R\$ 6-7 mil pode colocar a pessoa entre os 10% mais ricos do Brasil<sup>5</sup>. Para além, em 2018, 60% da população com menores rendimentos ganhavam valores mensais (R\$ 928) abaixo de um salário mínimo<sup>6</sup>. Naquele mesmo ano, entre os 50% mais pobres, a miserabilidade era ainda mais evidente: quase 104 milhões de brasileiros tinham renda mensal *per capita* da ordem de R\$ 413<sup>7</sup>. Isso nos dá o grau de miséria em que vive grande parte da população brasileira, indicando as potenciais vítimas de reformas trabalhistas mal desenhadas, generalizantes e indiscriminadas.

Tendo em vista que a concentração de renda talvez seja o nosso grande problema nacional, o país não pode se dar ao luxo de adotar medidas de arrocho salarial sem antes desenhar programas compensatórios na forma de políticas sociais de finalidade tática, enquanto estabelece estratégias de longo prazo promotoras de ganhos de produtividade, de aumento da complexidade das cadeias produtivas e de inovação e, finalmente, de diversificação da renda. Do contrário, corremos o risco de cristalizarmos ainda mais o perfil de renda média da sociedade brasileira e o caráter semiperiférico da economia nacional, intensificando potenciais ameaças políticas e sociais. Afinal, não é este o quadro que temos diante de nossos olhos hoje? Justamente por isso, precisamos (especialmente nós, os historiadores econômicos) enfrentar os dogmas de certas escolas teóricas e apontar diariamente para as diversas constatações incômodas da realidade brasileira. 

## NOTAS

- 1 GARCÍA, Ilana Aponte. Temer impulsa reforma de ley para prever impacto económico. *El Universal*, Caracas (Venezuela), 30 abr., 2017, Internacional.
- 2 CAPETTI, Pedro. País não cria vagas com ganhos acima de 2 salários mínimos há 14 anos. *O Globo*, Rio de Janeiro (Brasil), 25 de jan. 2020, Economia.
- 3 Editorial. Instáveis e Mal Remunerados: assim são os empregos criados a partir de 2013. *O Jornal Económico*, Lisboa (Portugal), 11 Jul. 2017, Universidades e Emprego.
- 4 Renda do 1% mais rico é 34 vezes maior que da metade mais pobre, diz IBGE. *Portal UOL*, São Paulo (Brasil), 16 Out. 2019. Disponível em: <[https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/10/16/rendimento-brasileiros-ibge-estudo.htm?>](https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/10/16/rendimento-brasileiros-ibge-estudo.htm?). Acesso em: 26 nov. 2021.
- 5 SILVEIRA, Daniel. No Brasil, 10% mais ricos ganham cerca de 17,6 vezes mais que os 40% mais pobres, aponta IBGE. *Portal G1*, Rio de Janeiro (Brasil), 5 dez. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/12/05/no-brasil-10-mais-ricos-ganham-cerca-de-176-vezes-mais-que-os-40-mais-pobres-aponta-ibge.ghtml>>. Acesso em: 26 nov. 2021.
- 6 Mais da metade dos brasileiros sobrevivem com menos de um salário mínimo. *Agência O Globo*, Rio de Janeiro (Brasil), 16 out. 2019. Disponível em: <<https://economia.ig.com.br/2019-10-16/mais-da-metade-dos-brasileiros-sobrevivem-com-menos-de-um-salario-minimo.html>>. Acesso em: 26 nov. 2021.
- 7 Metade dos brasileiros vive com apenas R\$ 413 por mês, mostra IBGE. *Portal R7*, São Paulo (Brasil), 16 out. 2019. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/economia/metade-dos-brasileiros-vive-com-apenas-r-413-por-mes-mostra-ibge-16102019>>. Acesso em: 26 nov. 2021.



**MÁRCIO FERNANDES** é cientista político formado pela Universidade de Brasília (UnB) e mestre em História Econômica, com especialização em Relações Internacionais, pela Universidade de Coimbra. Exerceu funções como pesquisador-visitante na Universidade de Salamanca, na Espanha. Em 2013, fundou em Brasília a *Quorum – Estratégia Política & Relações Governamentais* onde atua como Analista de Risco Político e envia a clientes suas percepções sobre os bastidores da política e do poder na capital da República.

# Sigilo médico no autoaborto

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

**“A preservação da confiança da paciente que procurou um atendimento médico de urgência, mesmo que o fato gerador seja considerado ilícito, jamais poderia ser quebrada, por se tratar de circunstância de caráter íntimo.”**



**U**m fato ocorrido em hospital do interior do estado de São Paulo chamou a atenção da comunidade médica a respeito da decisão proferida pela Justiça em caso de autoaborto. Em breve relato, uma gestante, após realizar manobras abortivas, veio a sentir fortes dores, oportunidade em que foi encaminhada a um hospital e logo entrou em trabalho de parto prematuro, sendo atendida por uma médica. Realizado o procedimento necessário, a profissional declarou à autoridade policial ter encontrado resquícios de medicamento abortivo na vagina da paciente, fato que ensejou a decretação da prisão preventiva da então gestante, que se livrou da segregação provisória pelo pagamento da fiança arbitrada.<sup>1</sup>

A paciente, após receber ameaças e se ver obrigada a mudar de cidade, intentou ação indenizatória contra o hospital pela quebra do sigilo médico da profissional responsável pelo atendimento e o Tribunal de Justiça, em grau de recurso, condenou o nosocômio a pagar a verba indenizatória de dez mil reais.

O art. 5º, § 3º do Código de Processo Penal, faculta a qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de crime em que caiba ação pública, que é o caso do abortamento, poderá, verbalmente ou por escrito, comunicar o fato à autoridade policial, que irá instaurar inquérito, se procedente a *notitia criminis*. Assim, levando-se em consideração o fato narrado, o vizinho da gestante teria plena legitimidade para fazer a delação à autoridade policial que, obrigatoriamente, deveria dar início à persecução penal. A médica que a atendeu e realizou o procedimento, no entanto, não está compreendida neste permissivo processual.

Parece até uma incoerência, porém há razões legais para tanto.

A relação médico-paciente, além de criar um vínculo obrigacional, vem acobertada pela confiabilidade que deve orientar as partes envolvidas. No instante em que a paciente foi atendida e que a médica constatou a presença de medicamento abortivo, tal fato, por si só, elege a profissional como depositária e guardadora de seu segredo. Tais informações são imprescindíveis e devem ser utilizadas somente para providências em favor da paciente, permitindo a realização de exames clínicos, obstétricos e complementares indicados para o caso. Tamanha é a importância do sigilo médico que, mesmo que o fato seja de conhecimento público ou até mesmo que o paciente tenha falecido, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.

Tanto é que o Código Penal, em seu art. 154, erigiu à categoria de crime a revelação, sem justa causa, de segredo de que o agente tenha ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão e cuja revelação possa produzir dano a outrem. É importante observar que a definição de segredo no Código Penal corresponde a todo fato

cuja divulgação a terceiro possa produzir um dano para seu titular. A intenção da lei é fazer prevalecer a confiança pública depositada no profissional, justamente para que seu serviço possa ser executado com toda segurança, presteza, sem qualquer atropelo coativo. Preserva a vida privada e a intimidade do paciente, expressões blindadas pela Constituição Federal e Código Civil para resguardar o foro íntimo como o asilo inviolável do cidadão, nos moldes do *peace of mind* do direito americano. Assim, com a divulgação do segredo quebra-se o pacto convencionado entre as partes e a publicidade indevida passa a representar uma invasão à vida privada da paciente, acarretando não só a inconveniente investigação policial como, também, a intranquilidade do espírito pela intromissão alheia.

É certo que o sigilo relatado, compreendendo somente aquele revelado no exercício profissional, não vem revestido de caráter absoluto, pois, em algumas hipóteses, pode ser quebrado, tais como dever legal, justa causa ou autorização expressa do paciente. Mas, no caso presente, encontram-se ausentes tais requisitos.

A preservação da confiança da paciente que procurou um atendimento médico de urgência, mesmo que o fato gerador seja considerado ilícito, jamais poderia ser quebrada, por se tratar de circunstância de caráter íntimo e direcionada para uma prestação de serviço mais eficiente e não pode provocar, em contrapartida, a exposição pública e submeter a pessoa que foi atendida a uma investigação penal. O Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2217/2018), que contém as normas que devem ser seguidas pelos profissionais, em seu art. 73 é taxativo ao afirmar que é vedado ao médico “Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.”

Concluindo, todo o imbróglgio foi criado pelo fato de ter a médica feito a revelação do autoaborto à autoridade policial. Daí surgem várias outras situações jurídicas, tais como o erro do médico em acreditar que fosse obrigado a denunciar o fato, o direito da paciente em pleitear indenização cível, a constituição de prova ilícita para a apuração penal, sem falar ainda do processo de cunho ético profissional. **■**

## NOTA

- 1 <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2021/10/justica-de-sp-condena-hospital-a-pagar-r-10-mil-a-mulher-denunciada-por-auto-aborto.shtml>.



ARQUIVO PESSOAL

**EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR** é Promotor de Justiça aposentado/SP, Mestre em Direito Público, Pós-Doutorado em Ciências da Saúde, Advogado, sócio fundador do escritório Eudes Quintino Sociedade de Advogados.



D. PUTTINI MENDES

## Áreas consolidadas e atividades agrossilvipastoris em áreas de preservação permanente

■ POR PEDRO PUTTINI MENDES

**“Em muitos casos, os estudos apontam que sistemas agrossilvipastoris têm vantagens em relação aos sistemas convencionais de uso da terra, pois permitem coexistência de mais de uma espécie numa mesma área, melhorando a utilização da água e dos nutrientes do solo, além de recuperar a fertilidade, favorecendo ainda o controle de ervas daninhas.”**

**D**esde 2012 com o início da vigência do Código Florestal, permanecem as discussões sobre demolir ou manter construções em áreas de preservação permanente (APPs), bem como se proíbe (embarga) ou permite atividade de produção nas referidas áreas que podem ser beiras de rios, inclinações superiores a 45°, entornos de veredas, manguezais, chamadas pela legislação de áreas consolidadas.

Em outras palavras, as áreas consolidadas são definidas pelo Código Florestal (art. 3º, IV) como a área de imóvel rural com ocupação antrópica preexistente a 22 de julho de 2008, com edificações, benfeitorias ou atividades agrossilvipastoris.

Servem para solução de conflitos ou lesões a direitos, diante da transição entre as legislações ambientais de 1934 até 2012, respeitando o ato jurídico perfeito para intervenções realizadas antes de 22 de julho de 2008, conforme permissão de legislação anterior.

O sistema agrosilvipastoril, por sua vez, podem ser “associações de árvores madeiráveis ou frutíferas com animais e sua alimentação, com ou sem a presença de cultivos anuais ou perenes [...] desde plantações florestais em larga escala, onde são introduzidos animais em pastoreio, até a criação de animais como complemento para sistemas de agricultura de subsistência” (Fiorillo & Ferreira, 2013, p. 169-171).

Após muita discussão em ações judiciais sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal (ADIs 4901, 4902, 4903 e 4397), através do relator do caso, Ministro Luiz Fux, entende que área consolidada é uma situação jurídica que “tão somente estabelece critérios para uma transição razoável de regimes” e entendeu ainda que “atos regulares de supressão praticados no passado, em consonância com a legislação vigente à época, recobrem-se da estabilidade própria do ato jurídico perfeito, cujo fundamento constitucional é o princípio da segurança jurídica”.

Nas áreas de preservação permanente, onde o Código Florestal autorizou a continuidade de atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas até 22 de julho de 2008 (artigo 61-A), esta situação jurídica representa praticamente um quinto de todas as áreas hoje exploradas, com o fim de culturas tradicionais como a produção de arroz nas várzeas do Rio Grande do Sul, lavouras de café do Sul de Minas e da Zona da Mata mineira nas encostas e morros; de banana no Vale do Ribeira, em São Paulo; de maçã em Santa Catarina; e de uva, no Rio Grande do Sul (fonte: Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária).

No Mato Grosso em relação à área total do estado estimam-se 32% de áreas consolidadas, sendo que, deste percentual, seriam 61% de pastagem e 28% de agricultura (fonte: Instituto Centro de Vida).

Os problemas são para pequenos médios e grandes produtores, não são, portanto, benefícios concedidos a apenas um determinado grupo de produtores. Em alguns casos judiciais podemos exemplificar em fotos situações de pequenas atividades agrossilvipastoris localizadas em áreas de preservação permanente, principalmente em beiras de rios.

O Mato Grosso do Sul deu solução ainda mais eficiente para este problema e no Diário Oficial MS nº 10.054, de 19/12/2019 publicou a Deliberação Normativa CECA nº 26, de 17/12/2019 com objetivo de regulamentar o artigo 61-A do Código Florestal, definindo “atividades de ecoturismo ou turismo ecológico”.

A normativa incluiu como atividades de ecoturismo ou turismo ecológico os ranchos de lazer ou os ranchos pesqueiros, particulares ou de uso coletivo, destinados ao lazer e contemplação, por fazerem parte da cultura local que, em geral atendem aos critérios da definição de ecoturismo.

Considera que a “movimentação eventual da população em busca de seus refúgios particulares que dá vida a muitas comunidades rurais e perpetua sua gastronomia, produção artesanal, fixação do homem à aglomerações rurais e até a distribuição de riquezas com geração de emprego e renda nos comércios de beira de estrada”.

Reconhece como “eventual ou de baixo impacto para efeitos de intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente das

propriedades rurais ou urbanas”, os “Ranchos pesqueiros ou ranchos de lazer, particulares ou de uso coletivo, preexistentes a 22 de julho de 2008” (inciso XV).

E também aceita a “construção de decks ou de passarelas de madeira, para acesso a cursos hídricos, com fins de evitar pisoteio e processos erosivos, limitado a ocupação de no máximo 5% da área de preservação permanente” (inciso XVII).

Enfim, as áreas consolidadas legalizam uma situação que antes não era considerado como uma atividade ambientalmente ilícita e que passou a ser com a nova legislação, como por exemplo, a produção de arroz nas várzeas do Rio Grande do Sul, lavouras de café do Sul de Minas e da Zona da Mata mineira nas encostas e morros; de banana no Vale do Ribeira, em São Paulo; de maçã em Santa Catarina; e de uva, no Rio Grande do Sul, estas três últimas, nas APPs de morros.

O ponto central da discussão, está em comprovar se as benfeitorias e atividades estão ali presentes na APP antes ou depois de 22/07/2008 e se possui atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo ou turismo rural.

Mas afinal, o que são atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo ou turismo rural?

Teoricamente, este conceito ficou registrado na Resolução CONAMA nº 458 de 16/07/2013, definindo atividades agrossilvipastoris como “ações realizadas em conjunto ou não relativas à agricultura, à aquicultura, à pecuária, à silvicultura e demais formas de exploração e manejo da fauna e da flora, destinadas ao uso econômico, à preservação e à conservação dos recursos naturais renováveis”.

A atividade “agrossilvipastoril”, vai muito além da simples definição entre árvores associadas com cultivos agrícolas e atividade pecuária, podendo ser exemplificada pela tabela abaixo:

SISTEMAS AGROSSILVIPASTORIS	BREVE DESCRIÇÃO (ARRANJO DOS COMPONENTES)	PRINCIPAIS COMPONENTES
1) Pomares caseiros com animais	Combinações de espécies em multiestrato com animais.	Predominância de fruteiras e algumas espécies lenhosas com cultivos agrícolas.
2) Faixas de espécies lenhosas de múltiplo uso	Cultivo de espécies lenhosas para ramoneio, conservação do solo e produção de adubo verde.	Espécies arbustivas ou arbóreas forrageiras e de rápido crescimento.
3) Entomofloresta	Árvores associadas com apicultura para a produção de mel.	Fornecedoras de substâncias essenciais à produção de mel.
4) Aquafloresta	Árvores ao redor de barragens para alimentação de peixes.	Árvores e arbustos cujos frutos sejam preferidos pelos peixes.
5) Parcelas com árvores múltiplo uso	Espécies para vários propósitos (lenha, forragem, madeira, proteção e recuperação do solo, etc.)	Espécies de multipropósitos

Fonte: [https://www.embrapa.br/contando-ciencia/cultivos/-/asset\\_publisher/SQBdWkKUgS0N/content/sistema-agrossilvipastoril/1355746?inheritRedirect=false](https://www.embrapa.br/contando-ciencia/cultivos/-/asset_publisher/SQBdWkKUgS0N/content/sistema-agrossilvipastoril/1355746?inheritRedirect=false)

Portanto, tecnicamente, os sistemas agrossilvipastoris trazem milhares de possibilidades de combinações de árvores (árvores ou outras espécies perenes lenhosas), pastagem, gado e lavoura, numa mesma área ao mesmo tempo e manejados de forma integrada, incrementando produtividade por unidade

de área, criando interações em todos os sentidos e em diferentes magnitudes, capazes de gerar benefícios econômicos e ambientais para os produtores e para a sociedade, além do conforto e produção animal.

No Espírito Santo, as atividades agrossilvipastoris em áreas de preservação permanente com uso consolidado geraram divergências que acabaram por ser esclarecidas em legislação estadual, o Decreto nº 4172-R de 24/11/2017, o qual o utilizou a mesma definição de atividade agrossilvipastoril da Resolução CONAMA nº 458/2013.

O referido decreto sanou dúvidas na utilização de áreas consolidadas em APPs, possibilitando a manutenção das residências e infraestrutura associada às atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural, bem como a ampliação ou alteração das atividades desde que sejam “agrossilvipastoris”, obedecendo critérios técnicos de conservação de solo, água, boas práticas agronômicas e medidas de mitigação de riscos nas APPs, vedando novas conversões, desmates ou ampliações em áreas que sejam destinadas à recomposição florestal.

A Embrapa Caprinos e Ovinos (Sobral/CE), cita o exemplo da adaptação de uma tecnologia chamada pela entidade, de Sistema de Produção Agrossilvipastoril, que integra o homem do campo na caatinga com seu bioma através de um estudo de caso que divide 08 (oito) hectares em 20% para plantação, 60% para cria de animais (cabras e ovelhas) e 20% para ser reserva legal, cujo preparo da área para agricultura é feito no período seco, para que, na chuva sejam feitos roçados de milho, de feijão e de mandioca, assim como o plantio de uma leguminosa perene, para alimentar os animais no período seco.

Culturalmente, na mesma região, a informação é de que a vegetação da área seria cortada e queimada para fazer roçados, explorar por 2 anos e depois abandonar a área devido à diminuição da produtividade, passando para outra área.

Em muitos casos, os estudos apontam que sistemas agrossilvipastoris têm vantagens em relação aos sistemas convencionais de uso da terra, pois permitem coexistência de mais de uma espécie numa mesma área, melhorando a utilização da água e dos nutrientes do solo, além de recuperar a fertilidade, favorecendo ainda o controle de ervas daninhas.

Por isso reforçamos a recomendação de que é fundamental conhecer o histórico de ocupação e edificação de uma propriedade rural, seja qual for sua atividade, buscando comprovar de maneira eficiente no sistema do Cadastro Ambiental Rural, por meio de laudos históricos (análise multitemporal) as datas de construção de cada benfeitoria a atividade produtiva desenvolvida no local, evitando que a fiscalização determine embargo de áreas e demolições/remoções de benfeitorias. 





# A tributação no Brasil incentiva o que deve ser evitado

**Fim da isenção sobre lucros e dividendos produzirá mais justiça fiscal**

■ POR RODRIGO SPADA E JEFFERSON VALENTIN

**“A proposta do governo, no projeto de Lei nº 2.337/202, caminha na direção correta, pois ao acabar com a isenção sobre lucros e dividendos, melhora a progressividade do IR e gera mais justiça fiscal à matriz tributária brasileira.”**

**A** disfuncionalidade do sistema tributário brasileiro faz com que sejam incentivadas práticas que em outros países são combatidas. Aqui, por exemplo, quem ganha menos paga proporcionalmente mais impostos do que quem ganha mais. Outro ponto que escancara nossos problemas tributários é o fato de ser mais lucrativo ao empresário retirar dinheiro de sua empresa do que reinvesti-lo, fortalecendo a companhia e a economia nacional.

O lobby político explica, em boa parte, o fato de a regressividade dos tributos sobre o consumo beirar o limite do insuportável e de o imposto sobre a renda ser mais um exemplo de regressividade, sobretudo por conta da isenção atribuída à distribuição de lucros e dividendos. Entre as maiores economias do mundo, o Brasil é o único país no qual essa distribuição é isenta. Será que nós estamos certos e o resto do mundo está errado?

Os defensores da isenção argumentam que as empresas já pagam alíquotas de Imposto de Renda bem mais altas que em outros países. Falam em 34%, dos quais seriam 25% de IR e 9% de CSLL (Contribuição Social sobre o Lucro Líquido). O argumento é falacioso por uma série de fatores, mas principalmente porque há diferenças na tributação dos diversos países, e uma comparação só seria razoável se partisse de uma alíquota efetiva média. Há diversos mecanismos que reduzem a alíquota efetiva do IRPJ (Imposto de Renda Pessoa Jurídica) nacional.

É comum encontrar, no Brasil, empregados que pagam mais IR que o proprietário da empresa. Para se ter uma ideia do desatino, segundo dados da Receita Federal, em 2018, 26.099 pessoas físicas declararam rendimentos acima de 320 salários mínimos. Destas, apenas 2.364 foram tributadas normalmente, enquanto 4.257 foram tributadas exclusivamente na fonte (ganhos de capital, aplicações financeiras, etc.) e 19.478 receberam rendimentos isentos. Ou seja, cerca de 75% dos maiores rendimentos recebidos por pessoas físicas foram isentos.

Em 2019, R\$ 359,15 bilhões foram pagos a pessoas físicas sócias de empresas optantes pelo lucro real ou presumido, e outros R\$ 120,51 bilhões foram pagos por empresas optantes do Simples Nacional. Somados, quase meio trilhão de reais totalmente isento de Imposto de Renda enquanto a tabela progressiva está há anos sem correção, avançando cada vez mais sobre o trabalhador de mais baixa renda.

Se a empresa retém lucros para investimentos, gerando mais emprego e renda, aumenta o valor de mercado de suas ações ou quotas – e, caso o empresário venda tais participações por valor maior do que as comprou, pagará Imposto de Renda sobre ganho de capital. Por outro lado, se a empresa distribui os dividendos em vez de investi-los, o empresário os receberá livre de tributação. A isenção sobre lucros e dividendos, portanto, representa um incentivo para que o empresário retire dinheiro da empresa.

Diante disso, concluímos que, neste ponto, a proposta do governo, no projeto de Lei nº 2.337/202, caminha na direção correta, pois ao acabar com a isenção sobre lucros e dividendos, melhora a progressividade do IR e gera mais justiça fiscal à matriz tributária brasileira. E é exatamente por isso que a proposta sofrerá poderosos ataques de uma elite empresarial que, longe de querer o desenvolvimento do país, preocupa-se exclusivamente com seus privilégios. ❏



ARQUIVO PESSOAL

**RODRIGO SPADA** é Presidente da Febrafite (Federação Brasileira de Associações de Fiscais de Tributos Estaduais).



ARQUIVO PESSOAL

**JEFFERSON VALENTIN** é Agente fiscal de rendas do estado de São Paulo.

*Reis Friede*

ARQUIVO PESSOAL

## A Democracia Líquida Brasileira

**“A aparência (e particularmente o excessivo formalismo cartorário) representa, para a cultura brasileira, algo (supremamente) muito mais importante do que a substância material e a verdade real.”**

**A** pseudodemocracia brasileira, alternativamente muito bem rotulada como democracia líquida, democracia de fachada ou mesmo democracia meramente formalizante, – a exemplo de tantas outras latino-americanas –, também se caracteriza (em maior ou menor grau) pelo absoluto descompasso entre o direito formal, descrito, por vezes até de modo extenuante, nas inúmeras leis, consolidações, códigos e na própria Constituição, e o direito substancial (real e verdadeiro), efetivamente aplicado pelo Estado e, igualmente, entre os particulares, em suas relações privadas.

Uma das maiores provas desse incontestado fato é facilmente constatada no reconhecido distanciamento entre os Princípios Gerais do Direito (expostos, através de formidáveis teorias, na legislação vertente) e a aplicação cotidiana dos mesmos.

Por exemplo, afirma-se (descritivamente), com extrema veemência, em todos os textos legais (sem qualquer exceção), a máxima segundo a qual “todos são inocentes até que se prove a sua correspondente culpa”. Todavia, na realidade brasileira, – com especial destaque –, opera-se justamente o oposto: “todos são presumivelmente culpados até que cada um possa comprovar, de modo inequívoco, a sua inocência”.

Essa assertiva é tão genuína que o próprio Ministério Público, muitas vezes de forma até mesmo induzida ou inconsciente, acredita que, se o réu não consegue provar sua inocência, resta evidente que ele é culpado.

O próprio cidadão, bastante comumente (e por inequívoco vício cultural), atribui a prolação de uma sentença de absolvição, por falta de provas, como

uma incontestada comprovação de incompetência dos órgãos investigativos e acusatórios que, no escopo deste contexto analítico, não souberam comprovar a evidente culpa do réu, posto que, para o senso comum, praticamente não existem inocentes. Neste sentido, resta sempre conclusivo para o conjunto da sociedade (pelo menos uma expressiva parcela) que todos são corruptos e os poucos inocentes (que, excepcionalmente, existem) o são apenas e tão somente pela correspondente falta de oportunidade de não terem se corrompido.

E não se trata aqui de uma simples aplicação, invertida, do princípio epigrafado (reputado universal no mundo democrático) por parte tão somente do Estado, considerando que, mesmo em relações estritamente privadas (ou naquelas em que envolvem o cidadão e agentes públicos), a simples “palavra” do indivíduo brasileiro é absolutamente irrelevante, em função da imperiosa necessidade de apresentação de provas documentais, com o correspondente reconhecimento de firma (e todos os demais tipos de burocracias cartorárias redundantes) para que se possa, muitas vezes, apenas e tão somente, comprovar que o nome que você afirma ter é, de fato, o seu nome verdadeiro.

Não é, portanto, sem razão que a falsificação, a corrupção e tantos outros métodos (perfeitamente caracterizados como) reativos à esta realidade se apresentam com grande constância (e mesmo veemência), considerando que, em muitos casos, é muito mais fácil apresentar um documento falsificado (que cumpre com mais rigor e precisão os regulamentos formais, aparentando, por consequência, ser dotada de maior credibilidade) do que um documento verdadeiro e oficial que muitas vezes, aos olhos da autoridade ou mesmo dos particulares, simula não ostentar a verdade retratada. Destarte, a aparência (e particularmente o excessivo formalismo cartorário) representa, para a cultura brasileira, algo (supreendentemente) muito mais importante do que a substância material e a verdade real.

Em várias situações cotidianas, o burocrata verde e amarelo prefere, – mesmo reconhecendo não se tratar de algo verdadeiro e crível –, o documento que se apresenta dotado de todos os requisitos a que ele está obrigado a exigir, do que seu correspondente original, mesmo que este venha a simplesmente comprovar uma pseudoverdade, posto que a forma é, no Brasil (de forma singular), muito mais importante que a substância.

O servidor público, de modo geral (até por imposição cultural), não está (sinceramente) preocupado (e os brasileiros de modo geral também não estão) com a verdade real e sim (e, muito particularmente) com o cumprimento rigoroso dos inúmeros (e muitas vezes desconexos e ilógicos) regulamentos normativos, como se não entendesse que as leis (via de regra) são constituídas para serem interpretadas dentro de seu contexto finalístico e não na literalidade estrita de seus comandos, edificando (e constantemente reafirmando), desta feita, a concepção organicista segundo a qual todos os cidadãos nacionais são pessoas completamente desprovidas de um mínimo de inteligência racional e, portanto, necessitam (em qualquer circunstância e de modo permanente) da tutela estatal. 



# Lacunas na lei da Política Nacional de Saúde Mental e o cenário pandêmico

■ POR JOSÉ SANTANA JUNIOR

**“Muito embora o Sistema Único de Saúde disponibilize o acesso à atendimento psicológico através da Lei nº 10.216/2001, a sua redação não determina atendimento em saúde mental de situações de pandemia e, mesmo com tantas campanhas de enfrentamento da doença e a mobilização de todos os canais de veiculação, as atitudes governamentais e o desfinanciamento na rede de saúde infere-se que as fragilidades da saúde pública ainda permanecem enraizadas na forma de gestão das autoridades governamentais.”**

**N**o início do ano de 2020, a Organização Mundial da Saúde declarou pandemia em razão da disseminação do vírus da Covid-19. A partir de então, além da implementação de estruturas aos sistemas de saúde hospitalar, fez necessário a adoção global de medidas de prevenção e controle da doença, de modo que a melhor estratégia para barrar o espalhamento do vírus foi o isolamento social que culminou na restrição de circulação de pessoas, forçando impactos no cotidiano da sociedade, no setor econômico financeiro e na dinâmica política e cultural do país.

Com o avanço da pandemia no país e o crescente número de mortes, que somam mais de 600 mil, as perdas financeiras e humanas somadas a escassez das relações, implicaram em uma afetação na saúde mental de todas as pessoas que vivenciam o período de pandemia, que apesar de preexistentes ao momento que se enfrenta, os sintomas de estresse, ansiedade, pânico e depressão acometem estimativa significativa da população.

Estima-se que, de acordo com pesquisas realizadas pela USP, cerca de 63% da população brasileira apresenta casos de ansiedade e 59% de depressão, o estudo apontou ainda, que o Brasil está em primeiro lugar no ranking dos países que mais sofreram com as restrições, desemprego e o isolamento social durante a pandemia, reforçando que o cenário pandêmico tem se mostrado um evento traumático para além das pessoas que já sofriam com algum histórico de desordem mental.

O acesso à saúde é um dos direitos fundamentais intitulados na Constituição Federal e, sendo negligenciado, viola os direitos humanos. Sabe-se que, a atual conjuntura da política do país não estabeleceu uma estratégia de capacitação nacional para que a população fosse amparada dos efeitos de momentos catastróficos como o enfrentado pelo Brasil, sendo certo falar que a população brasileira é desvalorizada e não assegurada da garantia de um direito de segunda geração conquistado, ou melhor, de todas as gerações, pois está relacionada à simbiótica da pessoa humana e aos direitos sociais: o direito à saúde.

Isso porque, a Lei nº 10.216/2001, que disciplina diretrizes da Política Nacional de Saúde Mental, completou neste ano duas décadas de regência, contudo, não foi realizada uma reforma na referida lei que pudesse substanciar os serviços extra-hospitalares. Ao que se nota, é possível prever que a população acometida por transtornos psicológicos ocasionados pelos traumas da pandemia tenha um período de acompanhamento especializado maior do que a própria pandemia e aos prejudicados que desejam reverter a condição de prejudicialidade da saúde mental socorrem-se do setor privado de saúde, contudo levando em consideração que a economia do país também experimentou os efeitos da pandemia, mais da metade dos brasileiros não possuem condições financeiras de custear um tratamento psicológico.

É possível perceber que não houve nenhum financiamento contumaz, tampouco políticas públicas para enfrentamento dos efeitos psicológicos motivados pelo período pandêmico. Vários foram os momentos de preocupação com a declaração de uma pandemia possível desde a promulgação da referida lei, contudo, nenhum planejamento para cobrir a lacuna da legislação sobre um plano de contingenciamento para períodos de catástrofes foi colacionado.

Muito embora o Sistema Único de Saúde disponibilize o acesso à atendimento psicológico através da Lei nº 10.216/2001, a sua redação não determina atendimento em saúde mental de situações de pandemia e, mesmo com tantas campanhas de enfrentamento da doença e a mobilização de todos os canais de veiculação, as atitudes governamentais e o desfinanciamento na rede de saúde infere-se que as fragilidades da saúde pública ainda permanecem enraizadas na forma de gestão das autoridades governamentais.

É razoável prever a intensificação do sofrimento psíquico quando não há resultados em ações preventivas e sequer avanços e possibilidades de resposta às necessidades em saúde mental da população, notadamente, a reforma do setor deveria ser pauta no Congresso Nacional, porém, diariamente é possível perceber que esta não é a preocupação das autoridades.

Nota-se, uma necessidade nímia de aperfeiçoamento da lei em comento. A pandemia ocasionada pelo coronavírus foi protagonizada por vivências traumáticas, perdas e lutos e despedidas inesperadas, despertando uma profunda tristeza em todos que viveram o período. Não se deve aceitar que a legislação se limite a apenas melhorar e tornar mais acessível os serviços de atendimento especializados à saúde mental.

É, precisamente necessário, ampliar o campo de competência para atender a uma série de problemas e necessidades psicossociais da população sem deixar de considerar as nuances do período pandêmico, adotando medidas de intervenção adequada para prevenção das enfermidades psicossociais e de controle de todos que experimentaram os frutos da calamidade vivida pelo mundo, de modo que além de prever um controle eficaz e serviços de apoio emocional e psicológico, torna-se forçoso que a lei conte com a possibilidade de atendimento amplo das pessoas afetadas, além de prever planos de recuperação psicossocial de médio e longo prazo.

O acesso à saúde é direito basilar, que deve estar disponível a qualquer cidadão, pois está inteiramente ligado a dignidade da pessoa humana e, cumpre ao Estado assegurar que todo ser receba todos os cuidados adequados para a prevenção, controle e recuperação dos transtornos psicológicos e das vulnerabilidades psicossociais, que afetam inteiramente todas as relações daquele que vive no meio social, econômico, cultural e político. 



ARQUIVO PESSOAL

**JOSÉ SANTANA JUNIOR** é Advogado, especialista em Direito médico e da Saúde.



# A internação involuntária de dependentes de drogas em situação de rua

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

**“A internação involuntária de usuários de drogas que vivem nas ruas, apesar de ser considerada um recolhimento forçado, apresenta-se como medida extrema, porém necessária e oportuna para proporcionar um acolhimento humanizado e individualizado com projetos terapêuticos que sejam eficazes para a melhoria da saúde do paciente, acompanhada de boa escolarização e qualificação profissional, visando à mais adequada reinserção social.”**

**A** Lei nº 10.261/2001, também conhecida como Reforma Psiquiátrica, com vigência há mais de 20 anos, tem como objetivo principal a proteção dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e, para tanto, redireciona o modelo assistencial em saúde mental, buscando sempre proporcionar aos pacientes um tratamento mais humanizado, igualitário, seguindo a baliza constitucional da dignidade da pessoa, principalmente sua recuperação e reinserção social.

Tanto é que deixa transparecer seu espírito colaborativo e protetivo no primeiro artigo, quando proclama: “Os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, de que trata esta Lei, são assegurados sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra.” E complementa no parágrafo único do segundo artigo, inciso II, também voltado à pessoa portadora de transtorno mental: “Ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade.”

É neste palco que se situa a exposição do tema proposto, atrelado diretamente à internação involuntária dos usuários de drogas, principalmente daqueles que frequentam locais, ruas e praças públicas para o consumo das substâncias ilícitas.

A lei *sub studio* adverte antecipadamente que a internação psiquiátrica só será permitida quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes, deixando bem claro que a intenção será voltada para um ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis, dando preferência para os serviços comunitários de saúde mental. Quando, no entanto, for admitida a internação, exige, antecipadamente, a apresentação de um laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos, e estabelece as seguintes modalidades: a) voluntária, quando receber a anuência do usuário; b) involuntária, quando se dá sem o consentimento do usuário e sim a pedido de terceiro; c) compulsória, quando ocorrer determinação judicial e somente será determinada mediante decisão fundamentada.

Diante das dificuldades apresentadas, o próprio legislador se convenceu da necessidade de retirar a internação compulsória de dependentes químicos. Para tanto foi sancionada a Lei nº 13.840/2019 que modifica a Lei nº 11.343/2006 e estabelece medidas para prevenção do uso indevido, atenção, reinserção social dos usuários e dependentes de drogas. Referida legislação exclui a internação compulsória judicial e permite a internação involuntária a ser providenciada e autorizada pela família ou responsável legal do dependente e, na falta de ambos, o pleito poderá ser feito por servidor na área da saúde, assistência social ou de órgãos integrantes do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), pelo prazo máximo de 90 dias, considerado suficiente para a desintoxicação, a ser cumprido em unidades de saúde e hospitais gerais, sempre com o aval de um médico.

Faz-se aqui uma explicação necessária a respeito da internação involuntária e a compulsória. Na primeira delas a tomada de decisão não é do paciente, mas seu direito deve ser resguardado. Tanto é que a Lei nº 10.216/2001 determina a obrigatoriedade da comunicação ao Ministério Público por meio do Termo de Comunicação de Internação Involuntária (Portaria GM 2391/2002) para que o representante do Parquet, em razão de sua missão institucional, exerça a função fiscalizadora dos direitos dos pacientes internados nesta condição. A internação compulsória, por sua vez, terá ocorrência apenas na condição de existência de delito e consequente inimputabilidade observada após tramitação de processo em separado, conforme acentua a Portaria nº 8/2019, do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, no parágrafo único do artigo 18.

Da mesma forma a internação provisória prevista no artigo 319, VII da Lei de Execuções Penais (LEP), muitas vezes utilizadas para a internação de usuários de álcool e outras drogas ou pessoa com transtornos mentais, só pode ter sustentabilidade legal em caso de existência de crime praticado com violência ou com grave ameaça. Cai por terra, desta forma, o Decreto-Lei nº 891/1938 que previa internações compulsórias de usuários de álcool e drogas, pois não foi recepcionado pela Constituição Federal da República de 1988, não podendo ser considerado vigente quando da promulgação da Lei nº 10.216/01.

Cabe aqui uma cunha comparativa com a obra “O Alienista”, de Machado de Assis, em que o médico dr. Bacamarte construiu um manicômio na pequena Itaguaí para cuidar dos pacientes com problemas mentais. O autor, com a sagacidade que lhe é peculiar, elaborou uma perfeita crítica social, além de tecer uma considerável e coerente análise psicológica dos personagens, principalmente do médico responsável pelo hospital, que seguia rigorosamente seus rigorismos científicos. Com o passar do tempo, 75% da população acabou internada.

Na realidade a proposta e preocupação da lei é abrir espaços para atingir cada vez mais metas relacionadas com políticas públicas para solucionar um problema sério e preocupante, que é o da saúde mental.

É inquestionável o direito da pessoa de se manifestar a respeito de determinada decisão que lhe aprouver, desde que seja capaz, com plenas condições de discernimento. Não preenchida a condição de autogoverno e autodeterminação, como é o caso do dependente em drogas, a representação passa para os familiares e, na falta, para terceiros juridicamente legitimados. O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 4º, II, em acréscimo determinado pela Lei nº 13.146/2015, considera relativamente incapaz os viciados em tóxico para praticar determinados atos ou à maneira de os exercer.

É sabido, por outro lado, que há vozes que bradam contrariamente e defendem que a internação só poderá ocorrer com a concordância expressa do paciente ou de seus representantes legais e não por outra medida coativa.

O que não se concebe é o fato ocorrido há tempos atrás na cidade de São Paulo, que compreendeu a decretação generalizada da internação compulsória

feita a critério do órgão municipal, sem a elaboração do laudo psiquiátrico circunstanciado individualizado, não só para garantia do direito do paciente, como também para a segurança do serviço médico, respeitando os parâmetros da autonomia do enfermo ou de seu representante legal, visando à tutela da dignidade da pessoa humana. A vulnerabilidade do dependente é manifesta e sem qualquer compreensão e discernimento a respeito de seu quadro clínico, pode colocar em risco sua própria saúde.

A volição humana compreende a autodeterminação do paciente em confiar e autorizar o profissional da saúde a realizar determinada conduta médica escolhida dentro do seu critério de conveniência. Seria, em outras palavras, o médico pedir permissão para a prática da conduta interventiva. A aquiescência vem materializada no documento devidamente assinado pelo interessado ou seu representante legal, que é o termo de consentimento informado. Quer dizer, o destinatário do serviço de saúde, de forma consciente, autoriza a realização da prática médica, com a liberdade inerente em sua autonomia, sem qualquer coação, e sabedor que é dos riscos advindos do procedimento. Antes a atenção médica residia na obrigatoriedade de o profissional da saúde cuidar do bem-estar da pessoa, dentro da visão paternalista e absolutista da medicina. A decisão era unicamente sua a respeito do tratamento a ser indicado. Agora, com nova determinação do Código de Ética Médica, terá o paciente como coautor.

É repetitivo e até mesmo incoerente falar que, após a edição da Lei de Drogas (Lei nº 13.146/2006), foi constatado um aumento desproporcional do número das crackolândias nos grandes municípios e das microcrackolândias nos pequenos. É uma invasão que vai se tornando rotineira e um espaço que vai fazendo parte da paisagem urbanística, manchando-a.

Nem se faz necessário tecer comentários a respeito dos refúgios existentes nas grandes cidades para criar os locais coletivos de consumo de drogas e a convivência com aqueles que trabalham ou se locomovem pelas crackolândias, assistindo às cenas de degradação da pessoa humana. Apesar de todo esforço policial e até mesmo dos órgãos de saúde, até o presente nenhuma medida realmente eficaz foi levada a efeito, a não ser algumas paliativas e provisórias, lideradas por ONGs imbuídas de boa vontade. De nada adianta despejar dependentes moradores de rua de suas calçadas que, na sequência, após circularem por outras praças, retornam para o habitat natural.

A aplicação de medidas policiais e até mesmo as judiciais em casos de grupos de consumo é totalmente ineficaz. A força policial não é instituição adequada para lidar com usuários, muitos deles sem a mínima condição de discernimento, por se apresentarem corroídos pelas drogas. Sendo dependentes, o rigor da lei é mínimo e não avança mais do que a advertência feita pelo juiz sobre os efeitos das drogas, a prestação de serviços à comunidade e eventual aplicação de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.<sup>1</sup>

A questão, realmente, é tormentosa. Apesar de coexistirem várias figuras delituosas, como é o caso de comércio de drogas, furtos, roubos, crimes contra

a liberdade sexual, apreensões de armas de pesados calibres e tantas outras, a questão fulcral é ligada diretamente à proteção da saúde humana, com a prevalência do princípio da dignidade da pessoa, conforme apregoado constitucionalmente.

O pensamento popular caminha na mesma direção daquele preconizado pela lei em comento, no sentido de tentar recuperar a vida daqueles que foram envolvidos pelo vício. Ao que tudo indica, se nada for feito, hoje eles não exercem e no futuro não exercerão qualquer profissão ou atividade que lhes possa garantir o sustento e terão, certamente, que abraçar a carreira do crime para saciar o vício. Busca-se, então, a intervenção de parentes e autoridades relacionadas com a saúde para evitar o mal maior tanto ao usuário de drogas como também às pessoas que com ele convivem na sociedade, com total repúdio ao *laissez-faire*, *laissez passer*.

O mais salutar é o deslocamento da questão para a área da saúde pública, com políticas eficientes direcionadas aos usuários que se iniciam na prática e aos que já foram dominados pelo vício, com a intenção de recuperá-los. Daí que a decretação da internação involuntária é o único instrumento capaz de responder aos reclamos sociais e à própria proteção dos usuários, para que tenham, pelo menos, a chance da tão almejada recuperação. Sabe-se que que é uma tarefa árdua, mas que, se levada adiante com seriedade e comprometimento, é um fator indicativo de um bom resultado.

Diante de tal permissivo de internação involuntária, é de se concluir que seja lícito ao Estado intervir e determinar medidas coativas para a preservação da vida, de acordo com as balizas estabelecidas pela dignidade humana, opção feita pela Constituição Federal, já que o detentor da cidadania não se encontra mentalmente apto para o exercício de seus direitos e necessita da aplicação de medidas protetivas específicas. Qualquer outra solução que contrarie o interesse maior prevalente, que é o da saúde, do viver, não tem o condão de inverter o pensamento determinado pela lei maior. É a junção, a uma só vez, da prevalência do bem individual e coletivo.

A internação involuntária de usuários de drogas que vivem nas ruas, apesar de ser considerada um recolhimento forçado, apresenta-se como medida extrema, porém necessária e oportuna para proporcionar um acolhimento humanizado e individualizado com projetos terapêuticos que sejam eficazes para a melhoria da saúde do paciente, acompanhada de boa escolarização e qualificação profissional, visando à mais adequada reinserção social. 

## NOTA

1 Lei nº 11.343, de 23/8/2006, art. 28.



**EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR** é Promotor de Justiça aposentado/SP, Mestre em Direito Público, Pós-Doutorado em ciências da saúde, Advogado, sócio fundador do escritório Eudes Quintino Sociedade de Advogados.

# A pobreza energética e os “gatos de luz”

POR MAURO LOEFFLER

**“As sociedades se desenvolveram e continuamos nos aglutinando e, mesmo que não totalmente conscientes, ao menos intuimos que a vida em sociedade aumenta as nossas chances de sobrevivência. Nessa linha de pensamento, questionamos: o que estamos fazendo para permitir o desenvolvimento de seres humanos que se encontram em situação de pobreza energética? A dignidade destes seres humanos está sendo observada?”**

**E**sse artigo foi inspirado na notícia veiculada pela Gaúcha ZH, publicada em 2 de fevereiro de 2020, sob o título: “Número de prisões por furto de energia sobe 26% no RS em 2019”. Esta reportagem conclui dizendo que as companhias responsáveis pela distribuição possuem um sistema de inteligência onde ocorre permanentemente a monitoração do consumo de energia a fim de identificar possíveis irregularidades, furto de energia – “gato de luz”. Entre as ligações irregulares de energia elétrica, há aquelas que ocorrem em áreas invadidas ou de conservação ambiental, onde as distribuidoras de energia e de água não podem realizar ligações ao sistema de distribuição. Essas irregularidades seriam uma questão de segurança e de justiça, pois as ligações clandestinas podem colocar em risco todo o sistema de distribuição, o que geraria insegurança aos demais consumidores de energia elétrica. Além disso, o consumo não previsto e não faturado resta por onerar aqueles que consomem e pagam regularmente seus consumos, pois o prejuízo seria repartido entre todos que se utilizam do sistema e, portanto, não condizente com a justiça. Alegam que seria necessária uma mudança cultural e de comportamento, evitando-se, com isso, essas irregularidades.

A partir de então, questionamos sobre as razões que levariam alguém a praticar condutas tipificadas como crime pelo ordenamento jurídico brasileiro: por ignorância, por necessidade, por ambos ou pela possibilidade da impunidade? Não se tem, ainda, uma resposta precisa, mas a necessidade imposta por circunstâncias que fogem ao controle do agente, tais como: baixa remunerações, altos preços da energia elétrica, habitações ineficientes e equipamentos domésticos ineficientes, podem contribuir para a ocorrência dessas condutas. Quando estas circunstâncias ocorrem simultaneamente, verifica-se a situação de pobreza energética, pois, apesar do agente auferir renda, ela é insuficiente para manter a casa adequadamente climatizada, independente da atmosfera exterior. Isso porque a construção de sua habitação não privilegiou a eficiência energética; obrigando-o a utilizar uma quantidade maior de energia durante o período de temperaturas extremadas que, associado aos altos preços da energia, inviabilizam uma vida digna, pois nada há de digno no furto de energia.

Sem olvidar que a energia elétrica é um bem essencial à vida em sociedade, conforme previsão do art. 10, da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, ela também é indispensável, que o diga os tempos atuais de restrições ao convívio social instituídos em razão da pandemia provocada pela Covid-19. Essas restrições impuseram um distanciamento social só mitigado pelas tecnologias existentes de telecomunicações, que necessitam de energia elétrica para minimizar os traumas impostos pelo medo, pelo isolamento social, pela falta de trabalho e pela falta de dinheiro para pagar os compromissos. De fato, o artigo supramencionado nos informa que as perdas de energia, dentro das quais uma parte é atribuída aos “gatos” e “gambiaras” – furto de energia, são incorporados ao preço da energia elétrica e são pagos por todos os consumidores. Mas, e a pobreza energética? Como ela se relaciona com a dignidade da pessoa humana? E esta com o furto de energia? Há forma diversa de solucionar ou reduzir as perdas de energia? E os denominados “gatos de luz”? Tais questões nos levam a identificar na sequência: pobreza energética; os “gatos de luz”; a legislação aplicável; furto de energia e a (in)dignidade da pessoa humana.

## **POBREZA ENERGÉTICA – PE**

O filme “O menino que descobriu o vento”, o qual recomendamos, retrata uma situação de pobreza extrema, onde a energia elétrica tem papel preponderante para retirar uma pequena comunidade da fome e da miséria absoluta. Desse filme, baseado em fatos reais, percebe-se a essencialidade de acesso à energia elétrica em locais remotos. No entanto, se nos dedicarmos um pouco a observar a vida em sociedade, nas grandes cidades, perceberemos que já não é possível aos seres humanos prescindirem dessa energia. Exato, se em locais remotos ela é vital, torna-se indispensável onde houver vida humana. Eis a razão para que se verse sobre um tema relativamente novo no Brasil, porém discutido há mais de 20 anos na Europa: a “pobreza energética”.

Antes de mais, como já referimos, a pobreza energética é discutida há mais de 20 anos na Europa, logo, devemos registrar que, no Reino Unido, onde se

iniciaram as discussões, a pobreza energética – *energy poverty* é tratada por *fuel poverty* – pobreza de combustível. O artigo “Pouca energia ou falta de combustível: quais são as diferenças?” Procura demonstrar que não se trata de situações análogas, ou que digam respeito a mesma coisa. Isso porque a falta de combustível se destinaria a identificar famílias que não conseguem atender as suas necessidades básicas de aquecimento nas suas residências, pois elas seriam mais vulneráveis à variação dos preços dos combustíveis. Tal fato levaria à restrição da renda e das despesas familiares criando, com isso, um círculo vicioso. Além do mais, nos climas frios, a falta de aquecimento poderia comprometer a saúde, especialmente a dos idosos e das crianças e, ainda, contribuir para o aumento da mortalidade.

Dentro da distinção supramencionada, a pobreza energética ligar-se-ia ao uso da biomassa tradicional – lenha e carvão –, cuja utilização influenciaria e seria prejudicial à saúde, restringiria o desenvolvimento da educação, agravaria os danos ecológicos locais e poderia ser a causa de um círculo vicioso de falta de desenvolvimento econômico e social. Entretanto, os combustíveis são uma fonte de energia potencial, armazenados em determinado corpo, e podem ser convertidos em outras formas de energia, como a energia elétrica. Por seu turno, as consequências identificadas para a saúde também são observáveis em climas quentes, pois nestes pode ocorrer por exemplo: desidratação – com a consequente queda de pressão e à morte, pois a redução de água no organismo baixa a pressão sanguínea e facilita a formação de coágulos e AVC; facilita o aumento de infecções – transmitidas por mosquito *v.g.* dengue e zika; além de causar problemas renais e respiratórios. As altas temperaturas – acima de 28° C – contribuíram para o aumento de mortes no verão de 2018, no Reino Unido, conforme dados coletados pela pesquisa publicada na revista *Energy and Buildings*, razão pela qual essas observações têm sido objeto de estudos.

Os exemplos acima, apesar de serem extremamente sintéticos, cremos serem suficientes para adotarmos o termo “pobreza energética”, como gênero do qual a “pobreza de combustível” seria uma espécie que passaremos a utilizar como sinônimas. Ademais, as residências têm substituído o gás pela energia elétrica e ela é utilizada tanto para aquecimento como para arrefecimento. Por sua vez, as usinas térmicas, que funcionam como reserva para resiliência do sistema elétrico, vêm utilizando o gás como substituto de outras formas de energia potencial *v.g.* carvão e petróleo. Aliás, a energia elétrica não é apenas a energia do presente, ela é, ao nosso sentir, a energia do futuro, pois, além do conforto térmico, iluminação, indústria, telecomunicações e dados computacionais, já está presente na mobilidade – transportes por trem e veículos elétricos.

O conceito doutrinário de pobreza de combustível foi desenvolvido durante as décadas de 1970 e 1980, a partir das “primeiras definições de Isherwood e Hancock (1979), com desenvolvimento posterior de Richardson (1981) – ambos relatados em Osbaldeston (1984), Lewis (1982), culminando na conclusão obtida através da Tese Brenda de Boardman”. Esta obra merece destaque por tratar-se de um trabalho pioneiro na conceituação de pobreza energética, definindo-a numa frase curta como “a incapacidade de pagar o aquecimento adequado por causa da ineficiência da casa”. Tal obra instigou pesquisadores do mundo

inteiro a desenvolver estudos e pesquisas sobre o tema, abrindo o debate no meio político e, daí, para a criação de legislação.

Como sistema jurídico pobreza de combustível, o Reino Unido propôs a seguinte definição: “se uma habitação, com seus familiares, gastar mais de 10% dos seus rendimentos com o consumo interno de energia, ela estará em situação de pobreza energética”. Posteriormente, a Inglaterra, por meio da *Warm Homes and Energy Conservation Act 2000*, definiu que pobreza energética seria a situação em que uma família tenha custos necessários acima da média nacional e, ao pagar esses custos, lhe reste uma renda inferior à linha oficial de pobreza. A França define: *précarité énergétique* na *Loi n° 90-449 du 31 mai 1990*, com redação dada pela *LOI n° 2014-366 du 24 mars 2014, art. 34 (V)* – “Encontra-se em situação de pobreza energética ao abrigo desta Lei a pessoa que experimenta no seu domicílio dificuldades particulares em ter o abastecimento de energia necessária à satisfação das suas necessidades básicas devido à insuficiência dos seus recursos ou de suas condições de vida.” Para a Eslováquia, “pobreza energética ao abrigo da Lei n° 250/2012 *Coll. Of Laws* é uma situação em que os gastos médios mensais de uma família com consumo de eletricidade, gás, aquecimento e produção de água quente representam uma parte substancial da renda média mensal da família”.

No âmbito europeu, não existe uma aceção normatizada para a pobreza energética, pois a legislação europeia deixou a cargo dos Estados Membros definir os seus próprios critérios, de acordo com o contexto nacional. Entretanto, a Diretiva (UE) 2019/944 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de junho de 2019, que versa sobre regras comuns para o mercado interno da eletricidade, dispõe no art. 29 sobre o cômputo das famílias que se encontram em situação de pobreza energética a ser realizado pelos Estados-Membros. Estes poderão “estabelecer e publicar um conjunto de critérios, que pode incluir baixos rendimentos, elevados gastos de rendimento disponível em energia e baixa eficiência energética”. Nesse sentido, o art. 3º, n° 3, alínea d), do Regulamento (UE) 2018/1999, versa que os Estados-Membros, ao quantificarem as famílias que estão em situação de pobreza energética e, sendo este número significativo, deverão incluir no seu plano um objetivo indicativo de reduzir a pobreza energética. Ainda, na identificação dessas famílias, o plano deverá ter em conta: “os serviços domésticos de energia necessários para garantir padrões básicos de vida no contexto nacional relevante, a política social existente e outras políticas relevantes, bem como a orientação indicativa da Comissão sobre indicadores relevantes para a pobreza energética”.

Nessas informações, o Estado-Membro deverá incluir o progresso das medidas adotadas para reduzir o número de domicílios em pobreza energética e, dentro das informações quantitativas, informar sobre as políticas e medidas para lidar com este tipo de pobreza. Ao seu turno, a Comissão deverá partilhar os dados comunicados pelos Estados-Membros com o Observatório Europeu da Pobreza Energética.

Há muito a ser dito sobre a pobreza energética, principalmente em razão dos estudos a partir da Tese de Brenda Boardman, com trabalhos acadêmicos, artigos, livros e legislação derivada. No entanto, os baixos rendimentos, os

elevados gastos de rendimento com energia e a baixa eficiência energética são observações que já se encontram no ordenamento jurídico Europeu. E, embora o critério de identificação de pobreza energética para as famílias que necessitam despende mais de 10% dos seus rendimentos com energia seja muito sensível à variação de preços da energia, ao nosso sentir ainda é o melhor critério. Deve-se em razão dos preços de energia praticados no Brasil e o salário-mínimo nacional que deveria cobrir e atender às “necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”. Ressalta-se que a energia elétrica para as residências ligadas ao sistema elétrico de distribuição deve pagar um “consumo mínimo” de energia – art. 98, REN nº 414/2010 –, independente da utilização desta em que o preço a ser pago se aproxima dos 10% do salário-mínimo nacional.

Por fim, e para registro, o número de mortes na Europa em razão das condições enfrentadas pelas famílias em situação de pobreza energética é significativo, pois, quando ocorrem picos de temperaturas extremadas, o número de mortes excede às médias anuais. Como o inverno na Europa está em curso (2020-2021), com temperaturas constantes e baixas, é de se esperar números de mortes ainda maiores, pois o confinamento, em razão da pandemia causada pela Covid-19, poderá contribuir para este aumento. Uma das causas é a ineficiência energética das moradias, que exigem mais energia para manter o ambiente adequadamente climatizado; além dos altos preços da energia, que induzem as famílias a se utilizarem de energia oriunda de biomassa *v.g.* lenha; pois as remunerações auferidas são insuficientes para pagar as faturas de energia elétrica quando ocorrem as situações de temperaturas extremadas.

## OS “GATOS DE LUZ”

De acordo com a pesquisa delineada no artigo “Gatos na Favela”, os “gatos” e “gambiarras” surgiram juntamente com a figura do “cabineiro”, no Rio de Janeiro, no período compreendido entre 1905 e 1948. Naquela época, as ligações eram individuais com pequenas cabines presas a postes de madeira, onde os ramais não passavam de 35 metros, o que dificultava a utilização por quem estivesse a uma distância maior. O cabineiro, então, distribuía a energia entre os moradores próximos de forma irregular, dando origem aos “gatos” e “gambiarras” que, embora pagassem pela energia, rateada entre todos e, às vezes, com um *plus* a favor do cabineiro, era irregular e já oferecia insegurança ao sistema. A prática se alastrou do Rio para o resto do Brasil e persiste até os dias atuais, como ligações clandestinas, apesar de já não haver impedimentos ao acesso de energia. Essas ligações clandestinas, *v.g.* adulteração do medidor de energia, se enquadraram dentro do que é denominado por perdas comerciais ou não técnicas, dentro do setor elétrico e tipificado no art. 155, § 3º do Código Penal. Uma nota importante para melhor compreensão quanto às perdas: elas ocorrem no

“(…) transporte da energia, seja na Rede Básica transporte ou na distribuição, resulta inevitavelmente em *perdas técnicas* relacionadas à transformação

de energia elétrica em energia térmica nos condutores (efeito joule), perdas nos núcleos dos transformadores, perdas dielétricas etc. As *perdas não técnicas ou comerciais* decorrem principalmente de furto (ligação clandestina, desvio direto da rede) ou fraude de energia (adulterações no medidor), popularmente conhecidos como “gatos”, erros de medição e de faturamento. As perdas na Rede Básica são calculadas pela diferença da energia gerada e entregue nas redes de distribuição. Essas perdas são apuradas mensalmente pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) e o seu custo, que é definido anualmente nos processos tarifários, é rateado em 50% para geração e 50% para os consumidores.”

Qualquer sistema elétrico é fisicamente indivisível e o aproveitamento ou o consumo da energia só é possível no mesmo instante da geração, porém, para efeitos econômicos, aumento de produção e estímulo à concorrência, ele foi cindido em: produção – geração energia elétrica; transporte de energia elétrica; e distribuição de energia elétrica. Dentro dos sistemas elétricos, sempre ocorrem perdas de energia, especialmente no transporte e na distribuição de energia elétrica pela dispersão do calor – efeito joule –, porém em sistemas eficientes essas perdas giram em torno de 4% a 6%. A título de comparação, o Governo brasileiro informou à IEA – sigla em inglês – Agência Internacional de Energia, que as perdas nacionais, no ano de 2014, foram de 16%. Entretanto, estas perdas podem ultrapassar os 30%, onde a maior parte são atribuídas às perdas comerciais, as não técnicas, que:

“(…) são provocadas por fraudes, desvios e irregularidades, tais como “gatos” e “gambiarra”, e não dependem apenas da gestão da distribuidora. O poder público também deve garantir segurança aos agentes responsáveis pela inspeção que consiste na visita a determinados consumidores para verificação de eventuais irregularidades. As perdas comerciais são nocivas do ponto de vista distributivo, pois o custo da energia roubada é rateado pela distribuidora e todos os consumidores regularizados.”

As perdas não técnicas não são repassadas integralmente na tarifa porque a ANEEL permite o repasse de parte dessas perdas por meio da “regulação por incentivos”. Dentro de um *ranking* das melhores concessionárias no combate às perdas não técnicas, estas são usadas como parâmetro para permitir o repasse às tarifas. Portanto, das perdas reais apresentadas à ANEEL, na revisão tarifária que ocorre a cada quatro anos, é deduzido um percentual relativo às perdas médias obtidas entre os melhores resultados apurados entre as concessões. A título de exemplo da quantidade de perdas, a ANEEL informa que as perdas de energia elétrica, no ano de 2018, totalizaram 13,6 bilhões de reais, sendo 8,6 bilhões de reais referentes às perdas técnicas – transporte e distribuição – e 5 bilhões de reais referente às perdas não técnicas. Uma rápida olhada nas nossas faturas de energia elétrica, faturadas pela Companhia Estadual de Energia Elétrica Distribuição – CEEE-D, permite que se constate que, dentro de um quadro denominado de “composição da fatura”, estejam discriminados

os custos com: perdas; energia; transmissão; distribuição; encargos setoriais e Conta de Desenvolvimento Energético (CDE) e tributos. Nosso foco são as perdas de energia onde se inserem as perdas não técnicas – “gatos”; já os encargos setoriais e os tributos, são um caso a parte que merecem um artigo próprio, do qual nos desincumbiremos oportunamente.

Assim, a regulação por incentivos permite o repasse tarifário até o limite regulatório estipulado pela ANEEL, onde as perdas reais não são totalmente repassadas para as tarifas, pois o contrato de concessão exige um comportamento proativo a fim de reduzir as perdas de energia. Com isso, as concessões são estimuladas a enfrentar estas perdas de energia e, as ações, supervisionadas pelo MPF – Ministério Público Federal, conforme se pode constatar no “Roteiro de atuação – perdas não técnicas de energia elétrica – volume 4”. A expressão popular “se correr o bicho pega se parar o bicho come” é apropriada para a situação das concessões de serviços públicos essenciais, porque, de um lado, relacionam-se com o poder concedente por meio do Direito Administrativo da Regulação e, por outro, com os consumidores por meio do Direito do Consumidor – Direito Público e Privado, respectivamente. Essa assertiva decorre do disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que versa sobre “o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175”, da Constituição da República Federativa do Brasil.

O STF, em recente decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4914, ajuizada pela Associação Brasileira dos Distribuidores de Energia Elétrica – Abradee, reconheceu a constitucionalidade da Lei nº 83, de 6 de julho de 2010, do Estado do Amazonas. Esta Lei “obriga as concessionárias a notificar previamente o consumidor, por meio de Carta com Aviso de Recebimento – AR, da realização de vistoria técnica no medidor de sua casa”. No caso, além de argumentarem que somente Lei Federal poderia dispor sobre matéria, “os distribuidores também sustentavam que a exigência afeta diretamente os custos de prestação do serviço”. A improcedência da ADI, por maioria apertada, deu-se nos termos do relator que entendeu pela aplicação do CDC, o qual tem por escopo proteger os consumidores finais – art. 2º. Portanto, em razão do “atual contexto de escalada da violência já não mais restrita aos grandes centros urbanos, mas pulverizada por todo o território nacional”, os consumidores não podem ficar expostos a qualquer pessoa que se identifique como sendo funcionário da concessionária. A própria concessionária deve marcar a hora e a data com aviso de recebimento não inferior a 48 horas para poder realizar vistorias nos medidores de energia elétrica.

A Lei amazonense prevê uma exceção: “diante da existência de registro de Boletim de Ocorrência – BO, relativo ao crime de furto de energia e/ou água, em unidade policial competente”, haverá a dispensa da comunicação prévia. Esta disposição está de acordo com art. 168 da Resolução Normativa nº 414, de 9 de setembro de 2010, que prevê a interrupção do fornecimento de energia elétrica “constatada ligação clandestina que permita a utilização de energia elétrica, sem que haja relação de consumo”. Ainda, a Lei amazonense, no que se refere à notificação prévia, também está de acordo com os arts. 171 e 173 da REN 414/2010. Isso porque, ante a necessidade de suspensão do fornecimento

de energia elétrica, esta deverá ser precedida de notificação. Adverte-se que ela deverá ser “escrita, específica e com entrega comprovada” ou destacada na fatura e com antecedência mínima de 3 (três) dias, por razões de ordem técnica ou de segurança (...). A entrega “comprovada” é o AR – Aviso de Recebimento, exigido pela Lei amazonense e, portanto, ao nosso sentir, a decisão do STF andou bem, pois privilegiou a proteção e a defesa do consumidor, conforme previsão da legislação federal e as normas do poder concedente – ANEEL.

De fato, a decisão do STF estabelece novas dificuldades para que a concessão amazonense atinja as metas estabelecidas pela ANEEL por meio da regulação por incentivos. Entretanto, isso não impedirá a realização das suas metas, porque há, atualmente, medidores de energia que fornecem todas as informações necessárias para a identificação de fugas de energia, ligações clandestinas e, até mesmo, realizar o corte de fornecimento sem a presença física de um eletricista. Há outras soluções para a redução das perdas comerciais ou não técnicas?

## **A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL**

A reportagem referenciada no primeiro parágrafo informa que há locais em que não é possível a distribuição de energia e tampouco de água, mesmo que os interessados tenham condições de arcar com as despesas de fornecimento, pois estão localizados *ν.g.* em áreas de preservação permanente. Tal assertiva encontra respaldo na Lei Florestal nº 11.651, de 25 de maio de 2012, cujo art. 3º, inciso II define “área de preservação ambiental”. Nos termos do art. 30 da CRFB/88, VIII é da competência dos Municípios legislar sobre parcelamento e ocupação do solo urbano e, a Lei do parcelamento urbano proíbe o parcelamento do solo em áreas que ofereçam risco à vida, Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979. O art. 12 desta Lei prevê o cadastro nacional dos Municípios com áreas de risco e, no § 3º, veda a “aprovação de projeto de loteamento e desmembramento em áreas de risco definidas como não edificáveis, no plano diretor ou em legislação dele derivada”.

A Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012, – Estatuto de Proteção e Defesa Civil – entre outras, autoriza a criação de sistema de informações e de monitoramento de desastres e prevê, no art. 2º, a competência concorrente da União, Estados e Municípios, tendo como objetivo reduzir o risco de desastres por meio do planejamento Municipal. Regulamentados os arts. 182 e 183 da CRFB/88, o Estatuto da Cidade Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, determina que a política urbana promova a ordenação e o controle do uso do solo, de modo a evitar a exposição da população à risco de desastres. Portanto, em áreas que se destinam a proteção da vida humana e de preservação permanente, é inviável o fornecimento de energia elétrica, sob pena de ser reconhecido e consolidado numa situação defesa em Lei.

Todavia, as famílias de baixa renda, que poderiam se beneficiar da “tarifa social de energia elétrica – TSEE”, criada pela Lei nº 12.212, de 20 de janeiro de 2010, ficam impedidas de utilizá-la por não possuírem um comprovante de residência validado pela fatura de energia ou água. O benefício da TSEE varia

de 0% a 100% de desconto no consumo de energia elétrica conforme as faixas de consumo para os cadastrados no Cadastro Único Nacional: índios e quilombolas com consumo até 50 kWh/mês, 100% de desconto; para a parcela do consumo de energia elétrica inferior ou igual a 30 kWh/mês, 65% de desconto; para a parcela do consumo compreendida entre 31 kWh/mês e 100 kWh/mês, 40% de desconto; para a parcela do consumo compreendida entre 101 kWh/mês e 220 kWh/mês, desconto de 10%; e, acima de 220 kWh/mês, não há desconto. Deve-se ressaltar que estes descontos foram alterados pela Medida Provisória nº 950 de 8 de abril de 2020 – vigência extinta em 05.08.2020 –, em razão da emergência decorrente da pandemia provocada pela Covid-19, passando o desconto de 100% a incidir sobre os consumos até 220 kWh/mês. Acima deste patamar, os consumos permanecem sem descontos. Aliás, patamar com o qual nos filiamos, pois acreditamos que nenhum ser humano pode prescindir de, pelo menos, 200 kWh/mês para a satisfação das suas necessidades básicas.

Contudo, a tarifa social visa solucionar parte do problema, no caso a pobreza extrema, mas não contempla a pobreza energética – que é mais ampla. Os consumidores em situação de pobreza energética são pobres, mas não conseguem pagar seus consumos em razão do preço da energia; da ineficiência energética de suas moradias, que exige um consumo maior durante períodos de temperaturas extremas; e suas remunerações são baixas. Nem mesmo o “fundo de combate e erradicação da pobreza”, criado por meio da Lei Complementar nº 111, de 6 de junho de 2001, com previsão inicial de duração até 2010, que foi estendido por tempo indeterminado pela Emenda Constitucional nº 67, de 2010, se aplica à pobreza energética. Isso porque os recursos arrecadados por esse fundo têm como alvo as “famílias cuja renda *per capita* seja inferior à linha de pobreza”, ou seja, o fundo destina-se a erradicar a miséria em que vivem os seres humanos, no nosso país.

Se por um lado há impedimento legal para o acesso à tarifa social, por outro, a tarifa de energia elétrica é reajustada com frequência, seja devido às perdas de energia técnica ou comercial, seja pelos encargos e tributação ou, ainda, por descontos concedidos que vão se agregando à tarifa. Embora com prazo de validade a terminar, conforme a previsão do art. 53 e seguintes da RES 414/2010, os descontos para área rural; serviço público de irrigação; cooperativa de eletrificação rural; e, serviço público de água, esgoto e saneamento, que eram de 10% e 40% serão reduzidos a zero até 2023. Mantêm-se os descontos destinados à irrigação rural em conformidade com a Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, com a ressalva de que estes descontos não podem ser repassados às tarifas. No entanto, as perdas relacionadas com a inadimplência, denominada de receitas irrecuperáveis – RI pela ANEEL, são incorporadas nas tarifas e estão previstas no submódulo 2.2-A do PRORET – Procedimentos de Regulação Tarifária.

A Lei nº 13.299, de 21 de junho de 2016, e a Lei nº 13.360, de 17 de novembro de 2016, alteraram as glosas realizadas pela ANEEL, nos reajustes tarifários da regulação por incentivos, e permitiram que a tarifa de energia elétrica, entre 2017 e 2018, sofresse com um aumento de R\$ 853 milhões. Essas glosas, aparentemente “pequenas”, restam por influenciar as tarifas de energia e agrava

a situação daqueles que vivem em situação de pobreza energética. Com isso, e apenas a título de exemplo, o porquê não de não entrarmos no tema da tributação. No entanto, com o objetivo de mostrar a sua influência na tarifa, o Estado do Amazonas editou o Decreto nº 40.628, de 02 de maio de 2019, que cria a alíquota de 150% de ICMS sobre a energia elétrica. Atribuiu às geradoras, por substituição tributária, a qualidade de sujeitos passivos da obrigação tributária, justificado pela grave crise financeira que atravessa a Concessionária de energia elétrica do Amazonas. O Decreto nº 40.628 já é objeto de contestação pela ADI 6.624.

Devemos registrar, ainda, que a descontinuidade no fornecimento de energia elétrica – interrupção de fornecimento por qualquer motivo – mede a qualidade dos serviços por meio do Desempenho Global de Continuidade – DGC. Os índices de interrupção superiores aos admitidos pela ANEEL, por dois anos consecutivos ou três anos alternados no período de cinco anos, implica em sanções às concessionárias. Entretanto, não há indicação de cômputo das interrupções provocadas pelas concessionárias no local de consumo – realizadas diretamente pelos funcionários. Por outro lado, estas interrupções geram perdas de faturamento e, por via de consequência, são transferidas para a tarifa. Assim, as perdas associadas e os encargos são incorporados na tarifa e sobre todos eles são agregados os tributos. Estes contribuem para que os preços da tarifa de energia elétrica sejam elevados e, por isso, a cada período de temperaturas extremadas, há um aumento no número de famílias em situação de pobreza energética e o consequente aumento da inadimplência.

Pois bem, a energia elétrica é essencial, como qualificada pela Lei de Greve nº 7.783, de 28 de junho de 1989, art. 10, I; a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, art. 6º, § 3º, dispõe que não caracteriza descontinuidade dos serviços “motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade”. Já no seu art. 7º *caput*, que define os direitos e obrigações dos usuários e a aplicação do CDC – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e o seu art. 22º, classificam os serviços essenciais como contínuos – ininterruptos. Para a validade dos atos praticados pela concessionária e, ante a constatação de irregularidade na utilização da energia elétrica, por parte do consumidor, ela deve observar os requisitos do art. 129 e, especialmente, o § 2º da Resolução Normativa nº 414/2010 da ANEEL – sob pena de invalidade do ato ou da caracterização de arbitrariedade por parte da concessionária. Ademais, “o termo de ocorrência de irregularidade – TOI, emanado de concessionária, não ostenta o atributo da presunção de legitimidade, ainda que subscrito pelo usuário”.

A REN nº 414/2010 da ANEEL, art. 172, § 2º, veda a suspensão de energia elétrica por período superior a 90 dias contado a partir do vencimento da fatura não paga. Se as concessionárias optarem pela prática de enviar a cobrança da fatura vencida com a próxima fatura e, tendo em conta o prazo dado para o pagamento da segunda fatura, adicionado a comunicação antecipada de 15 dias para a suspensão, o consumidor deverá ficar sem energia por cerca de 30 dias, no caso de inadimplemento. Prazo que tem sido objeto de inconformismo pelas concessionárias.

Por sua vez, e, talvez, o mais importante dentro do contexto seja a Lei nº 9.991, de 24 de julho de 2000, que versa sobre investimentos em pesquisa e desenvolvimento e em eficiência energética. O art. 1º desta Lei define percentuais mínimos a serem investidos em pesquisa e desenvolvimento – P&D e eficiência energética que, juntos, somam o mínimo de 1% da receita operacional líquida das concessionárias e permissionárias de serviços públicos de distribuição de energia elétrica. A Lei nº 14.120, de 1º de março de 2021, oriunda da conversão da Medida Provisória nº 998, de 1º de setembro de 2020, alterou o art. 5º e criou o art. 5º-B para Lei nº 9.991/91. O art. 5º-B determina que os recursos não comprometidos com projetos de P&D e eficiência energética contratados ou iniciados até 1º de setembro de 2020 deverão ser destinados à CDE. Também prevê a destinação para pagamento das “sobras físicas” de energia elétrica – art. 2º, com fito na reversão das concessões, permissões e autorizações. A Lei nº 14.120/2021 traz, ainda, outra importante alteração legislativa para a redução dos incentivos nas tarifas de transmissão e distribuição de energia elétrica. Entretanto, a ANEEL deverá definir percentual não inferior a 50% de dedução nessas tarifas para projetos de execução apresentados, a partir de 1º de setembro de 2020, e dentro dos próximos 12 meses; desde que iniciem suas operações e de “todas as suas unidades geradoras no prazo de até quarenta e oito meses, contado da data da outorga”.

As atividades comerciais, industriais e de prestação de serviços não se enquadram dentro do conceito de pobreza energética porque elas se destinam à realização econômica e, a PE, se verifica quando a dignidade da pessoa humana é colocada em xeque. Estamos de tal forma condicionados à realização econômica que mitigamos esse preceito fundamental, destacado na nossa Constituição, art. 1º, inciso III, como princípio fundamental e estruturante da própria República. A atividade econômica prevista no art. 1º, inciso IV e no art. 170 da CRFB/88 – também um preceito fundamental –, destina-se à “valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos, existência digna”. Com ressalva a pensamento divergente, a livre iniciativa “envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato”, e está condicionada pela função social da empresa, pois esta decorre da “função social da propriedade dos bens de produção, como de função social do poder econômico e como de função social da empresa”.

Recordamos a seguinte afirmação, por ocasião do Plano Real, talvez entre 1994 e 1996: “empresa que não dá lucro tem que fechar”, ocorrido no início do Governo do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso. De fato, o objeto da empresa é o lucro, porém há que se ter em conta que a função social da empresa não desfigura o seu objeto, tampouco o uso e gozo de bens próprios como previsto no art. 116, parágrafo único e art. 154 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Estes artigos trazem a ideia de que, em se tratando de bens de produção, “o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos.” A Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que versa sobre o “estatuto jurídico da

empresa pública, da sociedade de economia mista”, poderia ter incluído as concessões, autorizações e permissões de serviço público. Ela define – art. 27 – a função social das empresas públicas com mais rigor, pois destina-se à realização do interesse coletivo ou o atendimento a imperativo de segurança nacional constantes da lei autorizadora.

A função social da empresa, na iniciativa privada, encontra no Direito da Concorrência – Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, outro instrumento de limitação ao lucro, pois pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado – que aumentarem arbitrariamente o lucro – cometem infração. Entre outras limitações impostas por essa Lei, a Lei Antitruste nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, complementa a atuação do Direito da Concorrência e estabelece, *v.g.* no art. 5ª, IV, g), que é ato lesivo à Administração Pública: “manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública”. Todas as normas trazem à tona a responsabilidade social da empresa, que já não é mais apenas o lucro, e essa responsabilidade deve ser demonstrada no seu balanço, conforme previsão do Manual de Contabilidade do Serviço Público de Energia Elétrica, versão 2013, item 9.1.9 – Balanço Social; e no Manual de Elaboração do Relatório Anual de Responsabilidade Socioambiental das Empresas de Energia Elétrica dezembro/2006.

Concluimos com a REN nº 482, de 17 de abril de 2012 – ANEEL –, que versa sobre “o acesso de microgeração e minigeração distribuída aos sistemas de distribuição de energia elétrica, o sistema de compensação de energia elétrica”. A geração distribuída – GD evidencia-se pela utilização de energia elétrica de fontes de produção não conectadas a uma produção centralizada, como já ocorrera no início da produção e da distribuição de eletricidade. A cada 1.600 metros era necessário um gerador, por combustível fóssil, o que inviabilizou a corrente contínua nas cidades, entre o final do século XIX e o início do século XX. Estas fontes de energia elétrica estão localizadas no local de consumo, próximas dele ou, ainda, em locais mais distantes. Neste caso, o titular da produção deve ser o próprio consumidor ou subsidiária. No início do século passado, isto foi um problema, relacionado com o barulho das máquinas e a poluição. Hoje, devido às novas tecnologias de geração eólica e por células fotovoltaicas, reveste-se de solução, tanto no aumento de oferta como para efetivar a dignidade da pessoa humana.

## **FURTO DE ENERGIA E A (IN)DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Ao refletirmos sobre a dignidade da pessoa humana, o que vem à mente é aquele período em que nós, seres humanos, vivíamos em pequenas comunidades, caçando e coletando, onde a natureza era pródiga e compartilhávamos as tarefas e o resultado da caça e da coleta. Naquele período, os mais velhos eram os professores, que passavam o seu conhecimento adiante e auxiliavam na tarefa de cuidar dos mais jovens. Já as mulheres, se dedicavam à coleta e, os mais fortes e hábeis, à caça e à pesca, por exemplo. Não havia a necessidade de amealhar, pois predominava a solidariedade. As sociedades se desenvolveram e continuamos nos aglutinando e, mesmo que não totalmente conscientes, ao menos intuimos

que a vida em sociedade aumenta as nossas chances de sobrevivência. Nessa linha de pensamento, questionamo-nos: o que estamos fazendo para permitir o desenvolvimento de seres humanos que se encontram em situação de pobreza energética? A dignidade destes seres humanos está sendo observada?

Antes de mais, é importante lembrar que a pobreza energética constata uma situação de pessoas físicas ou singulares e, portanto, não nos ateremos a furtos praticados por outras pessoas que não sejam as pessoas humanas que, em determinados momentos, têm sua dignidade aviltada. Essa situação ocorre simultaneamente quando há ineficiência energética na moradia; altos preços da energia; e a baixa remuneração de um ou uma chefe de família que, ao chegar em casa, depois de uma jornada e locomoção de ida e volta para o trabalho, em dia exaustivamente frio ou quente, obriga-se a continuar a açoiar seu corpo, a saúde, sem poder usar energia limpa, pois não poderá pagar a fatura. E, se usar, poderá ter a sua energia cortada e, talvez, indignamente fazer “gato” – furtar energia elétrica –, incidindo, com isso, no crime contra o patrimônio, art. 155, § 3º do Código Penal. Não devemos estranhar o fato de o legislador de 1940 optar por incluir a energia elétrica como coisa móvel suscetível de ser reconhecida como objeto de furto, pois foi elaborado durante toda a década de 1930, época em que a energia elétrica no Brasil tinha sua equivalência em ouro.

O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, foi instituído durante um período de conturbação política no Brasil. Na década de 1930, tivemos *v.g.* duas Constituições: 1934 e 1937, promulgadas e outorgadas, respectivamente. O Código de Águas é de 1934, e também esteve vários anos tramitando dentro do Congresso Nacional sem ser levado a efeito e, por isso, nasceu de um Decreto, de nº 24.643, de 10 de julho de 1934. Não é de se admirar a necessidade que havia de atualizar o Código Penal – o anterior, com capacidade de dar respaldo jurídico e até de legalidade às ações intentadas pelo Governo da época, o qual, dois anos após, decidiu pela entrada no conflito da 2ª Guerra Mundial. Mesmo em dias que se seguem, a energia elétrica é importantíssima, não apenas para a vida em sociedade, mas para a manutenção da própria vida e da população mundial crescente, porque é inimaginável a vida contemporânea sem ela, sobretudo em face de suas consequências. Conforme o exposto, a inclusão do furto de energia elétrica como conduta tipificada – crime contra o patrimônio – justifica-se quando o furto se destina à obtenção de resultados econômicos, pois compromete o acesso universal a energia elétrica.

A energia elétrica necessita ser acessível – preço módico – a fim de atender o comando do art. 6º, § 1º da Lei nº 8.987/95, que é condição imperativa para que ocorra o acesso universal à energia elétrica, como realização da dignidade da pessoa humana e da sua vida em sociedade. Entretanto, a energia elétrica não é acessível, porque – e como se viu – as “perdas técnicas e não técnicas” e não faturadas de energia elétrica podem chegar ao patamar de quase 1/3 da energia produzida e entregue às redes de distribuição. A tributação, apenas do ICMS, agrega 150% aos preços de energia elétrica – caso da substituição tributária do Estado do Amazonas, além dos encargos setoriais como disposto no art. 2º do Decreto nº 774, de 18 de março de 1993, e a Conta de Desenvolvimento Energético – CDE. Consumindo ou não, o usuário de energia elétrica

paga por ela quando o seu consumo for inferior a 30 kW/h, 50 kW/h e 100 kW/h, respectivamente monofásico, bifásico e trifásico, sem direito à compensação do que foi cobrado a mais. Assim, os usuários dos serviços de energia elétrica pagam pela energia, pelas perdas técnicas e pelas perdas não técnicas, pelos encargos incidentes sobre eles, consumindo ou não, e sobre estes todos pagam os tributos. Estes custos são destinados aos consumidores e contribuem para que ocorram situações de pobreza energética, aumento da inadimplência e de situações desesperadas e indignas de furto de energia elétrica. E, ainda, mitigam e se distanciam da efetivação dos princípios de universalização de acesso a energia elétrica acessível – módica.

Se o atual Código Penal deve sofrer alterações para atualizar-se, *v.g.* diante das novas tecnologias, constitucionais, tratados e convecções internacionais, não nos diz respeito neste trabalho. No entanto, precisamos encontrar respostas com a legislação existente. Então, o crime tipificado no art. 155, § 3º, do Código Penal “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel” e “equiparar-se à coisa móvel a energia elétrica (...)” é crime contra o patrimônio e o bem jurídico tutelado a ser preservado é o patrimônio da vítima. A ofensa ao bem jurídico tutelado – furto de energia configura-se por meio de ligação clandestina, irregular ou adulteração do medidor de energia elétrica. Contudo, todas as perdas de energia elétrica, técnicas e não técnicas, restam por compor a tarifa e são pagas por todos os usuários, pois, como se viu, são incorporadas ao preço final de energia elétrica, senão no todo, pelo menos na maior parte. Tanto é verdade que existe um Projeto de Lei nº 5.325, de 2019, tramitando no Senado Federal, com a finalidade de: “vedar a inclusão das perdas não técnicas de energia elétrica nas tarifas de fornecimento de energia elétrica praticadas pelas concessionárias e permissionárias do serviço público de distribuição de energia elétrica”. Exatamente, o furto de energia elétrica nos leva a concluir que as concessionárias de energia elétrica não têm perdas patrimoniais, pois são ressarcidas. Mas o crime persiste.

Por um lado, as perdas técnicas somadas às não técnicas ultrapassam os 30%, quase igualando-se à tributação incidente sobre energia elétrica e, repita-se, integralizadas no preço da tarifa de energia elétrica, sobre as quais se paga tributo. Com isso, percebe-se que o preço efetivo da energia elétrica gira em torno de 1/3 do seu preço final para o consumidor e, talvez, este custo poderia ser pago sem a necessidade de recorrer ao “gato de energia”. Todavia, o Estado necessita desses tributos, para a realização das suas atribuições constitucionais, não podendo prescindir da arrecadação; e, o cidadão, que se encontra em situação de pobreza energética, também não pode prescindir desse bem essencial à vida digna. A dignidade da pessoa humana – art. 1º, III da CRFB/88, como princípio estruturante do Estado, não admite aviltamento de nenhuma das suas dimensões, pois nela está inserido um mínimo existencial com dimensão ontológica. A fim de impedir dúvidas, o legislador constituinte imprimiu o termo “dignidade da pessoa humana” e não direito humano, pois este produz *lex* – lei que é imperativa dotada de sanções e resultante do exercício de soberania daquele dá as ordens. O *jus* – direito é bom equânime e sem imperatividade, esse direito é o Direito Natural, hoje Direitos Humanos

ou Direito do Homem – e “representam bens jurídicos que obrigam incondicionalmente o Estado à sua observância”.

A dignidade da pessoa humana como corolário da Constituição da República Federativa do Brasil, de noção aberta, nela deve inserir-se a ideia de justiça que “é dinâmica, ou seja, o que é justo hoje, provavelmente não era no passado, nem será no futuro”. Dito de outra forma, “o direito deve estar aberto para permitir a ideia de justiça”. Reiteradamente, esquecemos que o direito possui outra face, o dever, razão pela qual entendemos que a realização dos direitos fundamentais não deve ser apenas atribuição do Estado, mas de todas as pessoas que integram uma sociedade democrática de direito. A palavra solta na lei não tem valor, apenas quando se torna efetiva, como a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, tal como expresso na CRFB/88 do preâmbulo aos arts. 1º, 2º, 3º, 5º, 6º e 7º. Deriva daí o direito de as “sociedades melhorarem constantemente suas condições de vida, encontrando formas adequadas para suprir suas necessidades materiais, realizar seus potenciais e desabrochar suas capacidades nos mais diferentes campos da vida humana”.

Por isso, entendemos que a indignidade desencadeada pelo furto de energia elétrica – “gatos de luz” – pode ter uma solução diversa da criminalização prevista no art. 155, § 3º, do Código Penal, pois a efetivação da dignidade da pessoa humana passa também por evitar *v.g.*, a ocorrência de situações de pobreza energética. Dessa forma, permite àqueles que vivem em situação de pobreza energética obter um mínimo existencial e, assim, construir uma sociedade livre, justa e solidária, pois sem energia elétrica não há saúde, alimentação, moradia, previdência, direito a maternidade e a infância, assistência e amparo aos necessitados e, em tempos de pandemia, viabiliza a educação, o trabalho e o lazer – art. 6º da CRFB/88. Este conjunto, sim, é o mínimo existencial que dignifica a pessoa humana e, enquanto não se efetivam a plenitude desses direitos, podemos utilizar a legislação existente para que um mínimo de energia elétrica esteja ao alcance de forma acessível, evitando os efeitos da pobreza energética e também “os gatos de luz”.

Para tanto, a geração distribuída – GD – poderá cumprir um papel importantíssimo, em face dos benefícios que pode proporcionar ao sistema elétrico, como, por exemplo: “o adiamento de investimentos em expansão dos sistemas de transmissão e distribuição, o baixo impacto ambiental, a redução no carregamento das redes, a *minimização das perdas* e a diversificação da matriz energética” (grifo nosso). Adicionamos a estes benefícios a dignificação da pessoa humana que não necessitará, por qualquer motivo, deixar de usar energia limpa para usar energia poluente, tampouco recorrer aos “gatos” – furtar energia elétrica, se as concessionárias observarem a legislação existente tirando-lhe proveito. Extraí-se da leitura do art. 1º da Lei nº 9.991/2000 a obrigação, por parte das concessionárias, de investimento em P&D e eficiência energética, sendo que os recursos “não comprometidos com projetos contratados ou iniciados deverão ser destinados à CDE”. Essa obrigação legal, além de impor investimentos em melhoria contínua, faz emergir, em essência, a responsabilidade social da empresa, com previsões na Lei das Sociedades Anônimas e para as empresas de economia mista, onde se insere a CEEE.

Assim, se uma concessionária de energia elétrica se dispõe a contribuir para solucionar a pobreza energética e os “gatos de energia elétrica”, de forma preventiva, poderia fazê-lo estimulando consumidores a produzirem sua própria energia elétrica, por meio da geração distribuída. Isso poderia ser viabilizado por meio de um financiamento de longo prazo, quando não suportado integralmente pela concessionária, pois as concessões são por períodos de 30 anos. Ainda, poderia estimular prefeituras, dentro da sua área de concessão, a designarem áreas onde pretendem realocar moradores que se encontrem em áreas de risco ou de proteção ambiental, pois aqueles a serem realocados estariam incentivados pelo baixo preço da energia elétrica e moradias melhores. Além disso, se uma pequena comunidade tiver uma produção com destino a ela mesma, os próprios moradores teriam o interesse de evitar os “gatos de energia”, pois o excedente de energia poderia reverter em outros benefícios à própria comunidade. Uma ação combinada poderia prever que as moradias deveriam privilegiar a eficiência energética e, também, os eletrodomésticos que a compõe, pois isto importaria em qualidade de vida e mais sobras de energia. Ressalta-se que há incentivos fiscais que, se bem coordenados, poderiam beneficiar as concessionárias ou outras empresas do setor.

## CONCLUSÕES

A prática do crime prevista no art. 155, § 3º, do Código Penal, não admite a aplicação do princípio da insignificância, quando o “prejuízo causado às vítimas atinge o valor de R\$ 1.779,70”, mesmo se sabendo que o capital social da CEEE-D atingiu o patamar de R\$ 9.680.746.000,00, em 2016. No entanto, admite-se que, se o consumidor: não estiver registrado no Cadastro Único Nacional; não for indígena ou quilombola; e não viver em situação de pobreza extrema, não será contemplado por nenhum desconto no consumo mínimo definido no art. 98 da REN 414/2010. Ou seja, esta Resolução não admite a compensação da energia elétrica paga por consumo mínimo não utilizado que, na modalidade trifásico com 100 kW/h, dentro da área de concessão da CEEE-D, representa um preço a ser pago em torno de R\$ 85,00 (oitenta e cinco reais) mensal. Perfaz um total de mais de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) que é suprimido do patrimônio do consumidor desprovido de capital e que se encontra em situação de pobreza energética. Mais ainda: admite-se que a Resolução 414/2010 da Aneel possa ser utilizada para descumprir a Lei – CDC, art. 39, I e V. Isso porque o que o art. 98 da REN 414/2010 denomina de “custo de disponibilidade”, o CDC intitula de “prática abusiva” por condicionar o fornecimento de energia elétrica a limites quantitativos – consumo mínimo e por “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”.

A REN 414/2010, art. 98, ao estabelecer consumo mínimo, o qual denomina de custo de disponibilidade, com impedimento de compensação da energia cobrada além do efetivo consumo, assemelha-se à taxa e não à tarifa. A taxa pode ser cobrada quando instituída por Lei, não por Resolução, que é um ato administrativo. Como dispõe o art. 77 do Código Tributário Nacional – CTN, trata-se de atos decorrentes do “exercício do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou

potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto a sua disposição”. São prestações de serviços compulsórios e “atividade administrativa plenamente vinculada”, diferente da tarifa que é remunerada por preço público; e a sua utilização é facultativa, pois ninguém é obrigado a consumir energia elétrica de concessionária. A Aneel não pode criar obrigação para os consumidores não prevista em Lei e, ainda, autorizar as concessionárias a cobrança de outra coisa que não seja tarifa, paga pelo efetivo consumo.

A pobreza energética é uma realidade que impede a plena realização do princípio da dignidade da pessoa humana, pois as pessoas que se encontram nessa situação, embora com acesso à energia elétrica, deixam de usá-la porque ela não é acessível, módica. Isso ocorre especialmente naqueles momentos de temperaturas extremadas e colocam em risco a saúde dos moradores de uma habitação por optarem pela utilização de energias que liberam carbono, *v.g.* queima de madeira. Quando não incorrem na inadimplência, optam pela indignidade dos “gatos de luz”, que é crime tipificado no Código Penal de 1940. Diante das novas tecnologias, do incremento e da diversificação na produção de energia elétrica, a criminalização da conduta de furto de energia elétrica poderia ser revista, pois o bem jurídico protegido – patrimônio da vítima –, não é afetado. A causa disto é o resultado da transferência dessas “perdas não técnicas” – gatos, para o preço da tarifa de energia elétrica, transferência que reflete a solidariedade necessária para que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil sejam concretizados. Dessa forma, esta cooperação contribui à erradicação da pobreza, à marginalização e à redução das desigualdades sociais e regionais; promove o bem-estar de todos; e aumenta a possibilidade de desenvolvimento a fim de chegarmos a uma “sociedade livre, justa e solidária”.

O estímulo da Aneel para combater essas perdas de energia elétrica não obriga às concessionárias a agirem como autoridade administrativa, tanto que concessões não estão sujeitas ao mandado de segurança, e sua relação jurídica com o consumidor é definida pelo CDC. Nem mesmo a extinção da punibilidade para os crimes contra o patrimônio é possível, por analogia ao art. 34 da Lei nº 9.249/95, porque “a tarifa ou preço público tem tratamento legislativo diverso do imposto”. Por isso, a concessionária pode e deve identificar os furtos de energia elétrica e, uma vez constatado, encaminhar à autoridade competente, mas não se entende que deva ocorrer em todos os casos, pois há uma porção de cidadãos que vivem em situação de pobreza energética e são merecedores de uma atenção especial. Ressalta-se que o patrimônio das concessionárias não é atingido, pois estas são ressarcidas dessas perdas por toda a sociedade de consumidores mediante o repasse das perdas e das sobras à tarifa de energia elétrica. Com o advento da GD e a sua normatização pela REN 482/2012, surgiram novas opções para solucionar, pelo menos em parte, o problema relacionado com os furtos de energia elétrica – gatos, mas não apenas estes, pois as perdas técnicas na GD não devem ocorrer pelo fato de ser produzida e consumida no mesmo local. As perdas técnicas e as perdas não técnicas têm mitigação extraordinária quando um sistema de energia elétrica conta com a GD.

Além do mais, as concessões são empresas privadas que visam o lucro e tem responsabilidade social a serem implementadas dentro das suas atividades, destacando-se: as sociedades anônimas privadas; as empresas públicas e as sociedades de economia mista do setor de energia elétrica, que devem apresentar balanços sociais que espelhem as atividades ligadas a responsabilidade socioambiental. Os recursos para estas atividades podem ser encontrados na Lei nº 9.991/2000, que disciplina os investimentos em pesquisa, desenvolvimento e eficiência energética, os quais, quando não comprometidos, devem ser destinados para a CDE. Portanto, é apenas uma questão de decisão administrativa solucionar os problemas advindos da pobreza energética, dando atenção a uma obrigação de reduzir perdas de energia elétrica, técnicas e não técnicas a partir da GD. Sem mencionar os benefícios fiscais que podem advir desses investimentos.

Em face destas conclusões, nos parece que é o momento de refletir se as condutas das pessoas que se encontram em situação de pobreza energética e/ou situação de pobreza extrema podem ser tipificadas como crime previsto no art. 155, § 3º, do Código Penal. Isso porque não há efetivamente lesão ao patrimônio da concessionária que, diante das perdas técnicas, não técnicas e sobras, é ressarcida por todos os consumidores. Faz-se a indagação: havendo a regulamentação extrapenal prevendo o ressarcimento da concessionária diante das perdas técnicas, não técnicas e sobras, a conduta da pessoa em situação de pobreza energética e/ou de pobreza extrema não justificaria a defesa da tese de exclusão da ilicitude em face do estado de necessidade? E mais: haveria tipicidade da conduta, uma vez que esta perda faz parte do custo da concessionária e é incluída nas faturas de consumo de todos os consumidores? Ao exigir da pessoa em situação de pobreza energética e/ou pobreza extrema o pagamento da energia destas perdas 'gato', a concessionária não estaria se apropriando de importância indevida, na medida em que já foi ressarcida? Seria a concessionária vítima do furto de energia? Salvo melhor juízo, nos parece que, diante de norma extrapenal, a concessionária não é a vítima do furto da energia, visto que a regulação do setor permite o repasse dessas perdas para todos os consumidores de energia elétrica. Não há lesão ao patrimônio da concessionária; ele é integralmente recomposto porque é patrocinado pela solidariedade dos consumidores que pagam a energia e concretizam o objetivo do art. 3º, inciso I da Constituição da República Federativa do Brasil. 

## REFERÊNCIAS

- ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. *Geração Distribuída*. SRD – publicado: 28/09/2015 modificado em 15/08/2018. Disponível em [https://www.aneel.gov.br/informacoes-tecnicas/-/asset\\_publisher/CegkWaVJWF5E/content/geracao-distribuida-introduc-1/656827?inheritRedirect=false](https://www.aneel.gov.br/informacoes-tecnicas/-/asset_publisher/CegkWaVJWF5E/content/geracao-distribuida-introduc-1/656827?inheritRedirect=false) Acessado em 23.02.2021
- ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. *Manual de Responsabilidade Socioambiental*. Disponível em <http://www.aneel.gov.br/arquivos/zip/Relat%C3%B3rio-Despacho-3034-2006.zip> Acessado em 24.02.2021.
- ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. *Perdas de energia elétrica na distribuição*. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/documents/654800/18766993/Relat%C3>

%B3rio+Perdas+de+Energia\_+Edi%C3%A7%C3%A3o+1-2019-02-07.pdf/d7cc619e-0f85-2556-17ff-f84ad74f1c8d#:~:text=As%20perdas%20na%20Distribui%C3%A7%C3%A3o%20podem,ser%20t%C3%A9cnicas%20ou%20n%C3%A3o%20t%C3%A9cnicas Acessado em 12.01.2021.

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. *Perdas de energia elétrica na distribuição.*

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. *Perdas de Energia.* SGT – publicado: 25.11.2015. Disponível em [https://www.aneel.gov.br/metodologia-distribuicao/-/asset\\_publisher/e2INtBH4EC4e/content/perdas/654800?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.aneel.gov.br%2Fmetodologia-distribuicao%3Fp\\_p\\_id%3D101\\_INSTANCE\\_e2INtBH4EC4e%26p\\_p\\_lifecycle%3D0%26p\\_p\\_state%3Dnormal%26p\\_p\\_mode%3Dview%26p\\_p\\_col\\_id%3Dcolumn-2%26p\\_p\\_col\\_pos%3D3%26p\\_p\\_col\\_count%3D4](https://www.aneel.gov.br/metodologia-distribuicao/-/asset_publisher/e2INtBH4EC4e/content/perdas/654800?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.aneel.gov.br%2Fmetodologia-distribuicao%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_e2INtBH4EC4e%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_pos%3D3%26p_p_col_count%3D4) Acessado em 08.01.2021.

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. *Ranking da Continuidade.* SGT – publicado: 28.01.2016. Disponível em <https://www.aneel.gov.br/ranking-da-continuidade> Acessado em 02.02.2021. Vide Resolução Normativa Aneel nº 270, de 26 de junho de 2007, que “estabelece as disposições relativas à qualidade do serviço público de transmissão de energia elétrica, associada à disponibilidade das instalações integrantes da Rede Básica”

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. *Resolução 414/2010.* Seção V – Do Custo de Disponibilidade.

Assim versa no original a LOI nº 2014-366 du 24 mars 2014, art. 34 (V) – “Est en situation de précarité énergétique au titre de la présente loi une personne qui éprouve dans son logement des difficultés particulières à disposer de la fourniture d’énergie nécessaire à la satisfaction de ses besoins élémentaires en raison de l’inadaptation de ses ressources ou de ses conditions d’habitat.”

BARBOSA, Joaquim Ministro, relat. STF, HC n. 112.378/SP, Segunda Turma, DJe 18.09.2012. “No *princípio da insignificância*, devem estar presentes, de forma cumulada, os seguintes requisitos: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.”

BM & FBOVESPA. *Resumo da empresa principal.* Disponível em <http://bvmf.bmfbovespa.com.br/cias-listadas/empresas-listadas/ResumoEmpresaPrincipal.aspx?codigoCvm=20648&idioma=pt-br> Acessado em 26.02.2021.

BOARDMAN, Brenda. *Fuel poverty: from cold homes to affordable warmth.* London, United Kingdom: Belhaven Press, 1991. ISBN 1852931396, p. 219. No original – “*the inability to afford adequate warmth because of the inefficiency of the home.*”

BOARDMAN, Brenda. *Fuel poverty: from cold homes to affordable warmth.* London: Bellhaven Press, 1991. ISBN 1852931396. p. 207

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos.* 2. Ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p.480.

BRASIL – Lei nº 11.651/2012, art. 3º – “II – Área de Preservação Permanente – APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;”

BRASIL – Lei nº 6.766/79, art. 3º – “Parágrafo único – Não será permitido o parcelamento do solo: I – em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas; II – em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados; III – em terrenos com declividade igual ou superior a 30% (trinta por

cento), salvo se atendidas exigências específicas das autoridades competentes; IV – em terrenos onde as condições geológicas não aconselham a edificação; V – em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção.”

BRASIL, Instituto Acende. *Perdas comerciais e inadimplência no setor elétrico*.

BRASIL. Lei nº 8.987/95 – Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: (...)

BRASIL. Ministério Público Federal. 3ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Perdas não técnicas de energia elétrica* – v. 4. Brasília: MPF, 2019. 35 p. – (Roteiro de atuação) Nota Técnica nº 28/2014, da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/documentos-e-publicacoes/roteiros-de-atuacao> Acessado em 08.01.2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. 3ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Perdas não técnicas de energia elétrica* – v. 4. Brasília: MPF, 2019. 35 p. – (Roteiro de atuação) Nota Técnica nº 28/2014, da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

CAMBI, Eduardo; PADILHA, Elisângela. *Reflexões sobre as dimensões da dignidade da pessoa humana*. – “a) a dimensão ontológica, com destaque para a teoria de Immanuel Kant, na qual se encontram os bens necessários e essenciais para a existência humana, impedindo a sua coisificação; b) a dimensão cultural e em que se inserem os valores que variam em cada época e sociedade conforme as condições econômicas, políticas e culturais; c) a dimensão processual na qual se encontram os pressupostos normativos fundamentais para que possa ser assegurada pelo Estado.”

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7. ed., 14ª reimp. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1099 a 1101.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1.099 a 1.101. “Os princípios estruturantes não são apenas densificados por princípios constitucionais gerais ou especiais. A sua concretização é feita também por várias regras constitucionais, qualquer que seja a sua natureza.”

CFC. Resolução nº 935/02, art. 2º XV – NBC T 15 – “O Balanço Social é uma demonstração contábil que tem por objetivo a evidenciação de informações de natureza social, com vistas a prestar contas à sociedade pelo uso dos recursos naturais e humanos, demonstrando o grau de responsabilidade social da entidade. A norma estabelece o conceito, os objetivos e os procedimentos para elaboração, conteúdo e estrutura do Balanço Social.” (Esta Resolução foi revogada pela Resolução CFC nº 1.156/09, publicada no DOU, em 17/02/2009, Seção 1.) Atualmente o NBC T 15 dispõe sobre “Informações de Natureza Social e Ambiental”.

COMPARATO, Fábio Konder. *Função social da propriedade dos bens de produção*. Revista de Direito Mercantil, v. 63, junho/setembro, 1986, p. 71-79. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5122435/mod\\_resource/content/0/06%20-%20Comparato%2C%20A%20fun%C3%A7%C3%A3o%20social%20da%20propriedade%20dos%20bens%20de%20produ%C3%A7%C3%A3o.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5122435/mod_resource/content/0/06%20-%20Comparato%2C%20A%20fun%C3%A7%C3%A3o%20social%20da%20propriedade%20dos%20bens%20de%20produ%C3%A7%C3%A3o.pdf). Acessado em 09.02.2021

DECRETO nº 23.501, de 27 de novembro de 1933, art. 1º “É nula qualquer estipulação de pagamento em ouro, ou em determinada espécie de moeda, ou por qualquer meio tendente a recusar ou restringir, nos seus efeitos, o curso forçado do mil réis papel.”

ENGLAND, Public Health. *Sustainability in Public Health England*. London: Wellington House, 2014 Disponível em <https://www.gov.uk/government/publications/sustainability-in-public-health-england> Consultado em 06.06.2019.

- EPOV – *EU Energy Poverty Observatory*. Disponível em <https://www.energypoverity.eu/> Acessado em 09.01.2021. – Em dezembro de 2016 teve início as atividades do Observatório com a finalidade de “gerar uma mudança transformacional no conhecimento sobre a extensão da pobreza energética na Europa e políticas e práticas inovadoras” para combater a pobreza energética. A fim de divulgar informações e organizar trabalhos de sensibilização; prestar assistência técnica; melhorar a transparência e conhecimentos que existem em toda a UE; permitir a ligação em rede e facilitar a partilha conhecimentos entre os Estados-Membros; e, fornecer um recurso de acesso aberto e fácil de usar.
- EXÉRCITO, Biblioteca do. *A energia elétrica no Brasil (da primeira lâmpada à Eletrobrás)*. Publicação 474. Volume 154. Coleção General Benício. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1977. 244 p.
- FILMOW. Sinopse: “William Kamkwamba (Maxwell Simba) é um garoto de 13 anos que sai da escola que ama quando sua família não pode mais pagar pelos custos. Voltando em segredo para a biblioteca da escola, ele encontra um caminho, usando partes da bicicleta pertencente ao seu pai Trywell (Chiwetel Ejiofor), para construir um moinho que, em seguida, salva sua aldeia da fome. A viagem emocional de um pai e seu filho excepcional em seu coração, captura a determinação incrível de um menino cuja mente inquisitiva superou todos os obstáculos em seu caminho.” Disponível em: <https://filmow.com/o-menino-que-descobriu-o-vento-t243198/> Acessado em 28.12.2020.
- FRIEDRICH, Carl Joachim: *The philosophy of law i historical perpective*. Chicago: University of Chicago Press, 1958. p. 57-66
- IDEM – Ibidem.
- IEA © OECD / IEA 2018. Disponível em <https://data.worldbank.org/indicador/EG.ELC.LOSS.ZS> Acessado em 11.01.2020.
- KOH, S.C. Lenny; MARCHAND, Robert; GENOVESE, Andrea; BRENNAN, Alan. *Fuel poverty perspectives from the front line*. The University of Sheffield: Centre for Energy, Environment and Sustainability, 2012. Disponível em [https://www.sheffield.ac.uk/polopoly\\_fs/1.272226!/file/Fuel\\_Poverty-perspectives\\_from\\_the\\_front\\_line.pdf](https://www.sheffield.ac.uk/polopoly_fs/1.272226!/file/Fuel_Poverty-perspectives_from_the_front_line.pdf) Acessado em 08.01.2021.
- LI, Kang; LLOYD, Bob; LIANG, Xiao-Jie; WEI, Yi-Ming. *Energy poor or fuel poor: What are the differences?* Energy Policy, Volume 68, 2014, Pages 476-481. ISSN 0301-4215. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0301421513011191> Acessado em: 28.12.2020.
- LISBOA, Sílvia. *5 problemas de saúde provocadas pelo calor*. São Paulo: Veja Saúde, 2016. Atualizado em 11.02.2020. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/bem-estar/5-problemas-de-saude-provocados-pelo-calor/> Acessado em 02.01.2021
- LOEFFLER, Mauro. *Pobreza energética – oportunidades*.
- LOEFFLER, Mauro. *Pobreza energética – oportunidades*. Tese de Direito apresentada às provas públicas, ainda sem data marcada para defesa. (o autor é doutorando da UAL – Universidade Autônoma de Lisboa)
- MACHADO, Alcântara. Para a história da reforma penal brasileira. Direito: doutrina, legislação e jurisprudência. v. VIII, ano II – março-abril 1941. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos.
- MÜLLER, ANA. *Número de prisões por furto de energia sobe 26% no RS em 2019*. Porto Alegre: GZH, 2020. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2020/02/numero-de-prisoos-por-furto-de-energia-sobe-26-no-rs-em-2019-ck65sqk620dlw01mvr5xc86mh.html> – Acessado em 26.12.2020.

- OLIVEIRA, Yedo Simões de., relat. Tribunal de Justiça do Amazonas – Segunda Câmara Cível – AI: 40048850620208040000 AM 4004885-06.2020.8.04.0000. Data de Julgamento: 01.02.2021, Data de Publicação: 02.02.2021.
- PÁDUA, José Augusto (org.). *Desenvolvimento, justiça e meio ambiente*. Belo Horizonte/São Paulo: UFMG/Petrópolis, 2009, p. 17-20.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial*. Revista de Direito Administrativo – RDA, v. 252, set./dez. 2009. Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 15 – 24.
- ROSA, Raúl Castaño; GUZMÁN, Jaime Solís; BELLIDO, Carlos Rubi; MARRERO, Madelyn. *Towards a multiple-indicator approach to energy poverty in the European Union: A review*. Energy & Buildings. Elsevier: Amsterdã, 2019, nº 193, p. 36–48. ISSN 0378-77
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 26ª. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 792 e 814.
- STF – ADI 478, rel. min. Carlos Velloso, j. 9-12-1996, P, DJ de 28-2-1997.
- STF – Supremo Tribunal de Justiça, relat. Min. Dias Toffoli. ADI 6.624 – Amazonas. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345314370&ext=.pdf> Acessado em 27.01.2021.
- STJ – Superior Tribunal de Justiça, relat. Min Nefi Cordeiro Recurso em Habeas Corpus nº 101.299 – RS (2018/0192744-0) Disponível em [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1773690&num\\_registro=201801927440&data=20190404&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1773690&num_registro=201801927440&data=20190404&peticao_numero=-1&formato=PDF) Acessado em 27.01.2021.
- STRAKOVA, Dagmar. *Energy Poverty in Slovakia*. SSRN Electronic Journal: (2015). DOI 10.2139/ssrn.2546758. No original – “Energy poverty under the law No. 250/2012 Coll. Of Laws is a status when average monthly expenditures of household on consumption of electricity, gas, heating and hot water production represent a substantial share of average monthly income of the household.” Disponível em [https://www.researchgate.net/publication/275580010\\_Energy\\_Poverty\\_in\\_Slovakia](https://www.researchgate.net/publication/275580010_Energy_Poverty_in_Slovakia) Acessado em 08.01.2021.”
- SÚMULA nº 256. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo Administrativo nº. 0032040-50.2011.8.19.0000 – julgado em 16.01.2012 – Relator: Desembargadora Letícia Sardas. Votação Unânime. Disponível em <http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/index.html>
- TAVARES, Felipe Rangel. “Gatos na favela”: eletrificação de interesse social, cotidiano e desenvolvimento nas favelas cariocas. Rio de Janeiro: PUC – Disponível em <http://www.ub.edu/geocrit/IVSimposio/Rangel.pdf> Acessado em 10.01.2021. In “Memória da Light” há uma edição, datada de novembro de 1987, que recupera a história da eletrificação das favelas no Rio de Janeiro.”
- TJ-RS – Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul. – APL: 70060977899 RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Data de Julgamento: 30.09.2015, Quinta Câmara Criminal, Data de Publicação: 07.10.2015.
- Um gráfico atribuído a Aneel, final da página 6, demonstra que nos anos de tarifa mais baixa a inadimplência é menor. BRASIL, Instituto Acende. *Perdas comerciais e inadimplência no setor elétrico*. Edição nº 18 / fevereiro de 2017. Disponível em [https://acendebrasil.com.br/wp-content/uploads/2020/04/2017\\_WhitePaperAcendeBrasil\\_18\\_PerdasInadimplencias.pdf](https://acendebrasil.com.br/wp-content/uploads/2020/04/2017_WhitePaperAcendeBrasil_18_PerdasInadimplencias.pdf). Acessado em 15.01.2021.



**MAURO LOEFFLER** é Advogado especializado no Direito da Energia, Mestre em Direito e Doutorando pela Universidade Autônoma de Lisboa.



## Real alcance da decisão do STF no julgamento do tema 962 da Repercussão Geral

**IRPJ; CSLL; COFINS e PIS: Nenhum valor recebido a título de juros de mora é tributável**

■ POR EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO E MARCELO MAGALHÃES PEIXOTO

**“A Corte decidiu, segundo o melhor do nosso entendimento, que: 'onde houver indenização por dano emergente não cabe cogitar da tributação.'”**

O Supremo Tribunal Federal acaba de julgar o Recurso Extraordinário nº 1.063.187, em que foi discutido o Tema 962 da Repercussão Geral que trata da incidência do IRPJ e CSLL sobre juros de mora recebidos em repetição de indébito. O Relator, Ministro Dias Toffoli, negou provimento ao Recurso interposto pela União e propôs a seguinte tese: “É inconstitucional a incidência do IRPJ e da CSLL sobre os valores atinentes à taxa Selic recebidos em razão de repetição de indébito tributário”. Essa tese foi acolhida por maioria pelo Plenário da Corte. O argumento central utilizado pelo ilustre Ministro Relator considera e afirma que os juros de mora não representam acréscimo patrimonial, e, por isso, não podem compor a hipótese de incidência do IRPJ e da CSLL. No seu alentado voto o Ministro afirma:

“A meu sentir, os juros de mora estão fora do campo de incidência do imposto de renda e da CSLL, pois visam, precipuamente, a recompor efetivas perdas, decréscimos, não implicando aumento de patrimônio do credor. Como consignei no julgamento do Tema nº 808 da repercussão geral, cuidando-se de obrigação de pagar em dinheiro, é preferível dizer que o atraso em seu adimplemento gera danos emergentes para o credor a dizer que, se houvesse o pagamento tempestivo, disso normalmente decorreriam acréscimos em seu patrimônio”.

Mais adiante, no referido voto há a seguinte afirmação:

“Não vislumbro a possibilidade de submetê-los à tributação pelo imposto de renda e pela CSLL sem se ferir o conteúdo mínimo das materialidades previstas no art. 153, III, e no art. 195, I, c, da Constituição. Isso porque, se fosse aceita a ideia de que tais juros de mora legais são tributáveis pelo IRPJ e pela CSLL, essa exação acabaria incidindo não apenas sobre lucros cessantes, mas também sobre danos emergentes, parcela que não se adéqua à materialidade desses tributos, por não resultar em acréscimo patrimonial”.

Como visto, a natureza dos juros de mora é que serviu de argumento fundamental para justificar a decisão proferida pelo STF. Esses juros, como foi exposto de modo percuciente pelo ilustre Ministro Relator, são qualificados como espécie de indenização por danos emergentes.

A Corte decidiu que a indenização por danos emergentes, por natureza, apenas recompõe o patrimônio desfalcado sem o incrementar, de modo que não há que se cogitar da ocorrência de acréscimo patrimonial, que é a matriz constitucional de incidência do IRPJ e da CSLL. O caráter indenizatório dos juros de mora – de acordo com o que foi decidido – não decorre do fato de incidir sobre indébitos tributários e isso permite cogitar que todo e qualquer juro moratório deve ser tratado do mesmo modo para fins tributários.

Esse fato permite afirmar que os efeitos da decisão do STF transcendem as relações jurídicas em que haja a figura do “indébito tributário” de modo que ela abrange toda e qualquer espécie de juros de mora, inclusive, pois, os derivados

de incumprimento tempestivo de obrigações decorrentes de relações regidas pelo Direito Privado. Em outras palavras, o que a Suprema Corte decidiu é que as indenizações por danos emergentes não são tributáveis pelo IRPJ e CSLL e o fez de modo claro quando discutiu e descortinou a natureza jurídica dos juros de mora; com efeito, está claro e explícito que o cerne da discussão foi o caráter jurídico dos referidos juros: ao fim e ao cabo, a Corte decidiu que os juros de mora caracterizam indenização por lucros emergentes e não podem ser tributados já que não acrescem o patrimônio do sujeito passivo.

Embora a tese proposta pelo Ministro Relator e acolhida pela maioria do Tribunal faça menção explícita aos juros de mora nas repetições de indébito, o alcance da decisão não se limita aos juros obtidos em tais circunstâncias e abrange toda e qualquer indenização por dano emergente, em relações de direito público ou de direito privado. Em suma, a Corte decidiu, segundo o melhor do nosso entendimento, que: “onde houver indenização por dano emergente não cabe cogitar da tributação”.

No que concerne ao PIS e COFINS, a decisão do STF no Recurso Extraordinário n. 1.063.187 deve ser lida e compreendida em harmonia com o que foi decidido quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 606.107 em que ficou decidido que:

“Sob o específico prisma constitucional, receita bruta pode ser definida como o ingresso financeiro que se integra no patrimônio na condição de elemento novo e positivo, sem reservas ou condições”.

Após a decisão proferida quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 606.107, ficou estabelecido que as contribuições ao PIS e COFINS só pode recair sobre fatos (ingressos financeiros) que tragam elemento novo e positivo para os contribuintes, independentemente da qualificação contábil adotada e isso não ocorre nas indenizações por danos emergentes. Quando alguém recebe juros de mora, obtém indenização por lucro emergente que não acresce o seu patrimônio (não há elemento positivo) posto que a referida indenização apenas recompõe a perda econômica experimentada pelo credor em razão da privação dos recursos em virtude do comportamento ilícito do devedor (o responsável pela mora). Logo, em razão do que foi decidido no Recurso Extraordinário n. 606.107, apenas os ingressos que acrescem o patrimônio do sujeito passivo como elemento positivo podem ser tributados pela COFINS e PIS e os juros de mora (como indenização por danos emergentes) não são signos representativos de acréscimo, que é o corolário do elemento positivo e novo.

Pelas razões expostas nos parece claro que não há como incidir as contribuições ao PIS e COFINS sobre toda e qualquer forma de indenização por danos emergentes por intermédio de juros de mora, nas relações de direito público ou de direito privado. **C**

ARQUIVO PESSOAL



**EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO** é Doutor em Direito pela PUC/SP.

ARQUIVO PESSOAL



**MARCELO MAGALHÃES PEIXOTO** é Presidente Fundador da APET – Associação Paulista de Estudos Tributário.



# Direito ao desenvolvimento econômico é um direito humano

■ POR CÁSSIO FAEDDO

**“De nada adianta um conjunto de leis e instituições internacionais, se não há um sistema econômico que alicerce o exercício dos direitos humanos.”**

A visão de direitos humanos como algo estanque e dotado de instrumentos mais programáticos do que pragmáticos, resta muito superada por força da realidade dos problemas humanitários globais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de janeiro de 1976, e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de março de 1976, compõe o tripé legislativo do Direito Público Internacional, sendo estas as normas fundantes do sistema global de Direitos Humanos.

O primeiro instrumento detalha os direitos individuais postos pela Declaração. Obrigam-se os Estados partes os direitos de “todos os indivíduos que se acham em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição”.

Contempla, ainda, o acesso à justiça e medidas compensatórias em caso de lesão.

O segundo é o diploma jurídico que dispõe sobre o direito ao trabalho livre, condições de trabalho adequadas, segurança e higiene no trabalho, e remuneração digna que possa atender ao trabalhador e família, dentre outras disposições.

Em conjunto com estes instrumentos há dezenas de convenções e declarações adotadas pelas Nações Unidas sobre os direitos humanos.

Os temas são múltiplos e ligados aos direitos mais diversos: combate ao racismo, à discriminação contra a mulher, à tortura e às crianças, ilustrativamente.

O texto do Pacto dos Direitos Econômicos é importantíssimo e traz diversos direitos destinados aos cidadãos dos Estados Partes e conseqüentes obrigações destes países. Se há um direito há também uma obrigação criada.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, foi adotado pela Resolução nº 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e foi ratificado pelo Brasil apenas no tardio dia 24 de janeiro de 1992. Ficamos com alguns dispositivos do Pacto dos Direitos Econômicos que foram deixados de lado no Brasil.

Logo no Preâmbulo do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais há o reconhecimento de que há harmonia entre o Pacto e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, dispondo os princípios de um ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria. E prossegue com a constatação de que esse direito só pode ser exercido quando criadas as condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como seus direitos civis e políticos.

Vimos, de pronto, que diante das incansáveis oportunidades na quais ouvimos que determinada ação governamental desagradou ou agradou o “mercado”, que o componente humano foi deixado de lado no Brasil. Os governos brasileiros são pró mercado e têm no comando de seus ministérios pessoas que atendem esse “mercado” em primeiro lugar.

No artigo 1º § 1º está redigido o comando que afirma:

“Todos os povos têm o direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.”

Sabemos que a autodeterminação está vinculada a possibilidade que um povo tem de usufruir de bens gerados por sua terra; mas, no Brasil, diante da comoditização dos alimentos e demais produtos nascidos neste solo, pouco resta ao povo, pois estes bens são exportados em dólar.

O brasileiro, como se sabe, quando consegue trabalho, recebe em Real desvalorizado.

E o Pacto é claro quando afirma no § 2º:

“Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo e do Direito Internacional. Em caso algum poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência”.

Sabemos que deixar o povo à míngua, sem acesso aos alimentos que a própria terra produz, uma vez que estes bens têm preços atrelados a valores internacionais, gás de cozinha dolarizado, gasolina dolarizada, diesel e demais

combustíveis dolarizados, não atende ao pactuado pelo Brasil diante das nações de todo o mundo. Nada tem de “proveito mútuo” nesta política econômica.

E, complementando o descalabro que é a política econômica brasileira, temos o absoluto descomprometimento com o disposto no art. 11. §§ 1º e 2º, que obriga o Estado Parte a:

“Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.”

Desta maneira, é fácil a conclusão de que os direitos humanos dependem de condições econômicas e políticas para a sua concretização, e que o Brasil abandonou tacitamente o Pacto Econômico e Social há anos, ainda que não o tenha denunciado.

Esse abandono decorre das prioridades econômicas dos governos brasileiros atentos ao aprofundamento de políticas de exportação de produtos da agropecuária, petróleo, minérios, aprofundamento de leis que solapam direitos sociais, dentre várias outras medidas que tornam a população cada vez mais miserável.

Reafirma-se que não se trata de uma novidade, tendo inclusive ocorrido na Conferência de Viena, em 1993, o reconhecimento de que há um direito ao desenvolvimento econômico, e que este direito é ferramenta para se alcançar os demais direitos humanos.

É um direito de caráter social, coletivo, sem o qual não é possível a concretização dos direitos humanos, pois sem dinheiro, alimentos e emprego, pouco há o que se fazer para alcançar a dignidade humana. De nada adianta um conjunto de leis e instituições internacionais, se não há um sistema econômico que alicerce o exercício dos direitos humanos.

O direito ao desenvolvimento é parte integrante dos direitos humanos, e instituições que embora não tenham como escopo a proteção aos direitos humanos, devem ser chamadas para integração ao sistema e responsabilização por suas ações.

A visão de direitos humanos como algo estanque e dotado de instrumentos mais programáticos do que pragmáticos, resta muito superada por força da realidade dos problemas humanitários globais.

Ressalte-se que o Brasil, além de importante membro integrante da ONU, é signatário de todos esses diplomas de Direitos Humanos.

Conforme prevê o art. 5º, §§ 1º e 2º, a Constituição brasileira dá aos tratados internacionais sobre direitos humanos natureza de norma constitucional.

Assim, um plano de governo para o Brasil em 2022, deveria considerar a necessidade de dispor claramente que o direito ao desenvolvimento não pode ser visto apenas como um direito do mercado, mas um direito social.

O desenvolvimento humano suplanta o interesse do mercado. Um candidato à presidência de mercado não atende mais as necessidades da nação brasileira. 



**CÁSSIO FAEDDO** é Advogado. Mestre em Direito. MBA em Relações Internacionais. FGV/SP.



# A Realidade Social, Econômica e Tributária brasileira

■ POR ALLAN TITONELLI NUNES

**“Para reversão do quadro hoje existente é fundamental fortalecer o combate à sonegação e promover uma Reforma Tributária onde o patrimônio e a renda sejam a principal matriz tributária, em detrimento do consumo.”**

**O** Estado Brasileiro, constituído pela República Federativa do Brasil, é organizado político-administrativamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme preconiza o art. 1º c/c art. 18, da CRFB.

Assim, as políticas planejadas, desenvolvidas e executadas pelos Entes Federados, comumente referidas como políticas públicas, decorrem da repartição de competência administrativa e legislativa da Federação Brasileira, onde “(...) todos os componentes da federação materializam o Estado, cada um deles atuando dentro dos limites de competência traçados pela Constituição”<sup>1</sup>.

Observa-se que a Constituição Federal de 1988 incumbiu uma grande gama de serviços a esses, exigindo-se a construção de um Estado prestador de serviços, *Welfare State*, representado pelo Estado do Bem-estar Social. Por essa razão, é natural que sendo esses Entes reguladores da quase totalidade das relações sociais existentes sejam muito demandados, da mesma forma como defenderão seus interesses adotando as ações necessárias para concretizá-los.

Esses motivos corroboram a assertiva que a organização do Estado brasileiro comporta a movimentação de todo um arcabouço administrativo, metucioso e burocrático, onde sua organização e funcionamento não se comparam a uma empresa privada em termos de eficiência e planejamento, por ter uma gestão mais complexa.

Importante ressaltar que à época da promulgação da Constituição de 1988 havia mais de 140 (cento e quarenta) milhões de habitantes, de uma população mais jovem (o que ensejava menores gastos de uma forma geral), e hoje com o crescimento demográfico, passa-se de 200 (duzentos) milhões de habitantes, concomitantemente a um processo de envelhecimento da população, o que enseja muito mais despesas para o Estado do que originalmente previstos<sup>2</sup>.

Refletindo sobre esses dados, caberia uma indagação de ordem não só crítica como provocativa, qual realmente o Estado almejado? Apesar de não haver pretensão de resposta no presente trabalho, mas constatar que quanto mais serviços prestados evidentemente o Estado precisará de mais recursos para satisfazê-los.

Sem esquecer essa provocação é necessário saber qual o acréscimo da carga tributária após a Constituição de 1988, na medida em que esse marco reflete um Estado prestador de mais serviços, tornando-o muito mais custoso. Não é de se estranhar que em 1988 a carga tributária em relação ao PIB brasileiro era de 20,1%, saltando para 29% no ano de 1990, reduzindo para 24% logo no ano de 1991, e ultrapassando a barreira dos 30% no ano de 2000, cujo novo século inaugurou uma escalada gradual e contínua, chegando a mais de 35% no ano de 2013<sup>3</sup>. Com a recente mudança da política fiscal, diminuindo drasticamente as desonerações fiscais, muito provavelmente já se ultrapassou a barreira de 36% de carga tributária em relação ao PIB, o que representa um aumento de mais de 44% se tomarmos como base os percentuais do ano de 1988. Interessante registrar que nenhum Governante se elegeu defendendo em suas plataformas o aumento dos tributos, o que comprova a rejeição natural dos

cidadãos ao aumento da tributação, pois se assim não fosse essa poderia ser uma proposta de campanha.

No mesmo período em que se verificou um aumento da carga tributária é necessário mensurar se o Estado passou a prestar mais serviços e de forma eficiente, na medida em que o aumento da tributação enseja uma justificativa por parte do Estado de que precisa de mais recursos para realizar suas atividades, dessumindo uma maior e melhor prestação deles. Para analisar essa satisfação dos serviços do Estado podemos utilizar dos dados disponíveis no IDH, que consiste:

O objetivo da criação do Índice de Desenvolvimento Humano foi o de oferecer um contraponto a outro indicador muito utilizado, o Produto Interno Bruto (PIB) per capita, que considera apenas a dimensão econômica do desenvolvimento. Criado por Mahbub ul Haq com a colaboração do economista indiano Amartya Sen, ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1998, o IDH pretende ser uma medida geral, sintética, do desenvolvimento humano. Apesar de ampliar a perspectiva sobre o desenvolvimento humano, o IDH não abrange todos os aspectos de desenvolvimento e não é uma representação da “felicidade” das pessoas, nem indica “o melhor lugar no mundo para se viver”. Democracia, participação, equidade, sustentabilidade são outros dos muitos aspectos do desenvolvimento humano que não são contemplados no IDH. O IDH tem o grande mérito de sintetizar a compreensão do tema e ampliar e fomentar o debate.

Desde 2010, quando o Relatório de Desenvolvimento Humano completou 20 anos, novas metodologias foram incorporadas para o cálculo do IDH. Atualmente, os três pilares que constituem o IDH (saúde, educação e renda) são mensurados da seguinte forma: Uma vida longa e saudável (saúde) é medida pela expectativa de vida; O acesso ao conhecimento (educação) é medido por: i) média de anos de educação de adultos, que é o número médio de anos de educação recebidos durante a vida por pessoas a partir de 25 anos; e ii) a expectativa de anos de escolaridade para crianças na idade de iniciar a vida escolar, que é o número total de anos de escolaridade que um criança na idade de iniciar a vida escolar pode esperar receber se os padrões prevalecentes de taxas de matrículas específicas por idade permanecerem os mesmos durante a vida da criança; E o padrão de vida (renda) é medido pela Renda Nacional Bruta (RNB) per capita expressa em poder de paridade de compra (PPP) constante, em dólar, tendo 2005 como ano de referência<sup>4</sup>.

Baseando-se nesse índice pode-se admitir algumas conclusões, entre elas o fato de que o Brasil ocupa a 79ª posição de um total de 187 países, ficando atrás do Uruguai, Chile e Peru, os quais possuem carga tributária menor.

Procurando extrair melhor a satisfação do cidadão com relação aos serviços prestados pelo Estado o IBPT lançou estudo incluindo os 30 países com maior carga tributária, destinado a aferir um índice de bem-estar da população, intitulado Índice de Retorno de Bem Estar à Sociedade (IRBES), onde o Brasil ocupa a última colocação, ficando atrás de países como o Uruguai e a Argentina<sup>5</sup>.

Pelos dados apresentados resta evidente que o país tem uma arrecadação alta em detrimento de um péssimo serviço prestado pelo Estado.

Adiciona-se ainda o fato de o Brasil ter uma tributação primordialmente incidente sobre consumo, o que conduz à regressividade do sistema, penalizando o consumidor de baixa renda. Os dados da arrecadação da Receita Federal do Brasil (RFB) deixa essa realidade bem visível, onde a tributação sobre bens e serviços representa 51,3% do que foi arrecadado, a folha de salário 25%, a renda 18,1%, a propriedade 3,9% e as transações financeiras 1,7%<sup>6</sup>. Consta-se um Sistema Tributário onde a incidência tributária atinge, proporcionalmente, índices maiores sobre aqueles detentores de menor renda. Quem ganha até dois salários mínimos paga 54% dos seus rendimentos em tributos, mas quem ganha acima de 30 salários paga 29%, conforme atesta estudos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada<sup>7</sup>.

A regressividade do sistema tributário brasileiro é uma das responsáveis pela alta concentração de renda, onde dados recentes demonstram que os 10% mais ricos concentram entre metade e 2/3 de toda a renda do país desde 1974<sup>8</sup> e os 1% mais ricos detém 27% da renda total<sup>9</sup>.

Sobre a concentração de renda e algumas formas de injustiça tributária praticada pelo capitalismo moderno, o que popularmente ficou conhecido como capitalismo humanista, cabe referência ao célebre trabalho desenvolvido por Thomas Piketty, economista francês, que ficou mundialmente conhecido com o seu livro “O Capital no século XXI”. Nele, entre outras conclusões, demonstra a correspondência entre a concentração de renda e opção gradual dos mais ricos pela migração para os ganhos rentistas, o que enfraquece cada vez mais o espírito empreendedor. Sua análise parte de dados estatísticos de vários países no Mundo, o que credencia sobremaneira seus estudos<sup>10</sup>.

Em 2015 ele foi orientador de uma pesquisa realizada por Marc Morgan Milá tendo como referencial analítico o Brasil, cujo estudo utilizou dados do período de 1933 a 2013. Algumas premissas encontradas não são diferentes de outros países onde a tributação também é regressiva, constatando uma menor tributação dos mais ricos, que proporcionalmente à renda nacional acumulada (que é grande) pouco contribuem tributariamente para o país. Além disso desmitifica a ideia de que esse topo da pirâmide dos mais ricos colaboraria para o desenvolvimento econômico, através da realização de investimentos, pois quanto maior a concentração da renda maior também se verifica a queda de investimentos, fator bem acentuado entre os brasileiros em comparação com a maior parte dos países. (MILÁ, 2015)

Outro estudo importante sobre a mesma problemática da concentração de renda no Brasil foi lançado por Pedro H. G. F. Souza e Marcelo Medeiros, que teve como base documentos do período de 1928 a 2012. Observa-se da pesquisa que a desigualdade no país está atrelada à maior concentração total da renda por parte dos mais ricos (o topo da pirâmide). De outro lado o Estado buscou equalizar essa desproporção por meio de políticas sociais destinadas à base da cadeia, o que ajudou a esses elevarem seu patamar de renda, mas ainda assim insuficiente para corrigir o problema. Assim, enquanto não houver um conjunto de ações destinadas a tributar o topo da pirâmide essa concentração continuará. (SOUZA, 2015)

O documento divulgado pela rede *Tax Justice Network*, realizado por James Henry, ex-economista-chefe da consultoria McKinsey, demonstra que os ricos brasileiros acumularam até 2010 cerca de US\$ 520 bilhões em paraísos fiscais, o que corresponderia a um terço do PIB nacional e cuja quantia seria a quarta maior do mundo depositada nesta modalidade de conta bancária. O relatório, com fulcro em dados do Banco de Compensações Internacionais, do Fundo Monetário Internacional, do Banco Mundial e de governos nacionais, destina-se também a aferir o impacto, da movimentação de dinheiro enviado a paraísos fiscais, sobre as economias dos 139 países mais desenvolvidos. Restando evidenciado que a elite brasileira paga proporcionalmente muito menos tributo que todas as outras classes sociais do país. (TAX JUSTICE e PINTO, 2012)

Márcio Pochmann, sempre atento aos objetivos que a tributação deve promover, defende que “No desenvolvimento das nações, a tributação exerce um papel importante no enfrentamento das desigualdades. Quanto mais justo o sistema tributário, menor tende a ser o grau de concentração de riqueza e renda nacional.” (POCHMANN, 2008)

A sonegação ganha força nessa discussão pelo fato de que o topo da pirâmide é responsável pela maior parte da sonegação no país, seja utilizando de suas empresas ou pela própria pessoa física. Dados da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional revelam que os 500 maiores devedores (os quais estão no topo da pirâmide de concentração de renda, estando entre eles doleiros e proeminentes empresários) acumulam 37% de tudo o que a União espera receber. (MF, 2015)

A respeito da sonegação o Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional (SINPROFAZ) publicou um estudo intitulado *Sonegação no Brasil – Uma Estimativa do Desvio da Arrecadação*, o qual depreende que:

“Na hipótese ainda de se extrapolar para todos os tributos a média dos indicadores de sonegação dos tributos que têm maior relevância para a arrecadação (ICMS, Imposto de Renda e Contribuições Previdenciárias) poder-se-ia estimar um indicador de sonegação de 27,6% da arrecadação (o mesmo do indicador de sonegação para o VAT em países da América Latina que foi de 27,6%). Com isso, a estimativa de sonegação iria de 8,7% para a 10,1% do PIB. Isso representaria uma perda de arrecadação de R\$ 518,2 bilhões, levando-se em conta a estimativa de PIB do ano de 2014. Tomando-se em consideração

esse último indicador para a sonegação, poder-se-ia afirmar que se não houvesse evasão, o peso da carga tributária poderia ser reduzido em quase 30% e ainda manter o mesmo nível de arrecadação. Esses R\$ 518,2 bilhões estimados de sonegação tributária são praticamente equivalentes a quase 90% de tudo que foi arrecadado pelos estados e municípios juntos, estimados em R\$ 597,6 bilhões.” (SINPROFAZ, 2015)

Para reversão do quadro hoje existente é fundamental fortalecer o combate à sonegação e promover uma Reforma Tributária onde o patrimônio e a renda sejam a principal matriz tributária, em detrimento do consumo. 

## NOTAS

- 1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 2.
- 2 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Projeção da População do Brasil por Sexo e Idade para o Período 1980-2050. Revisão 2008. Disponível em: <<http://serieestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=10&op=0&vcodigo=POP300&t=revisao-2008-projecao-populacao-brasil>> Acesso em: 06/01/2016.
- 3 AMARAL, G.L.; OLENIKE, J. E.; AMARAL, L. M. F.; YAZBEK, C. L. (IBPT). Evolução da Carga Tributária Brasileira. São Paulo: Maio de 2015.
- 4 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). O que é o IDH. Disponível em: <[http://www.pnud.org.br/IDH/IDH.aspx?indiceAccordion=0&li=li\\_IDH](http://www.pnud.org.br/IDH/IDH.aspx?indiceAccordion=0&li=li_IDH)> Acesso em: 06/01/2016.
- 5 AMARAL, G.L.; OLENIKE, J. E.; AMARAL, L. M. F. (IBPT). Cálculo do IRBES. Estudo sobre a Carga Tributária/PIB x IDH. São Paulo: Maio de 2015.
- 6 RECEITA FEDERAL DO BRASIL (RFB). Análise da Arrecadação das Receitas Federais de 2013, dezembro 2014.
- 7 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Receita pública: Quem paga e como se gasta no Brasil. Brasília: 2009. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/comunicado/090630\\_comunicadoipea22.pdf](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/comunicado/090630_comunicadoipea22.pdf)> Acesso em: 08/06/2015.
- 8 SOUZA, Pedro H. G. F.; MEDEIROS, Marcelo. Top Income Shares and Inequality in Brazil, 1928-2012. Journal of the Brazilian Sociological Society. Revista da Sociedade Brasileira de Sociologia. SID, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 119-132, jul.-dez. 2015. Disponível em: <<http://diagramaeditorial.com.br/sid/index.php/sid/article/view/2/23>> Acesso em: 11/02/2016.
- 9 MILÁ, Marc Morgan. Income Concentration in a Context of Late Development: An Investigation of Top Incomes in Brazil using Tax Records, 1933–2013. Public Policy and Development Master Dissertation. Paris School of Economics, 18 September 2015. 165 p. Disponível em: <<http://piketty.pse.ens.fr/files/MorganMila2015.pdf>> Acesso em: 11/02/2016.
- 10 PIKETTY, Thomas. O Capital no Século XXI. Tradução Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.



**ALLAM TITONELLI NUNES** é Procurador da Fazenda Nacional, Mestre em Administração Pública pela FGV, MBA em Gestão Pública pela FGV, Especialista em Direito Tributário, Ex-Presidente do Fórum Nacional da Advocacia Pública Federal e do Sinprofaz. Membro da Academia Brasileira de Direito Político e Eleitoral (ABRADEP).

# O encerramento de exercício e a prestação de contas do Município

■ POR FLAVIO CORRÊA DE TOLEDO JUNIOR



**“Em nível de crise sanitária e fiscal, o exercício de 2021 não foi lá muito diferente do anterior, o ano de início da pandemia (2020), além do que, em 2021, não vieram os auxílios federais para a Covid-19, retornando, ainda que parcialmente, o custo operacional do ensino, transportes, obras, merenda escolar, entre outras atividades municipais.”**

**N**a administração do dinheiro público, momento fundamental é o de encerrar documentalmente o exercício financeiro, materializando a prestação anual de contas, uma exigência constitucional (art. 70, parágrafo único)<sup>1</sup>, o material básico para todo o tipo de controle, quer o interno, o externo ou o social.

Então, para os relacionados às finanças municipais acontece, anualmente, uma avaliação de desempenho; o julgamento começa no início do ano seguinte, alcançando prefeitos, presidentes de câmaras, titulares de autarquias, fundações e empresas municipais e, porque algumas irregularidades são específicas, pontuais, também são chamados à responsabilidade os secretários de finanças, os contadores, os controladores internos, os tesoureiros, os almoxarifes, bem como os dirigentes de ONGs subvencionadas.

De fato e ante o relatório, do controle externo, vários desacertos são atribuídos àqueles agentes públicos; afinal, tais profissionais utilizam, guardam ou gerenciam valores públicos; incluem-se no rol da já mencionada norma constitucional.

De dizer que, em nível de crise sanitária e fiscal, o exercício de 2021 não foi lá muito diferente do anterior, o ano de início da pandemia (2020), além do que, em 2021, não vieram os auxílios federais para a Covid-19, retornando, ainda que parcialmente, o custo operacional do ensino, transportes, obras, merenda escolar, entre outras atividades municipais.

De outro lado, o congelamento do principal gasto público (de pessoal; LC 173/2020) associado ao atual crescimento inflacionário da receita governamental, esses fatores têm respondido por alguma melhoria nas finanças municipais.

E, à vista da continuidade, em 2021, do caos pandêmico, reiterou-se a eficácia do artigo 65, da Lei de Responsabilidade Fiscal, assegurando ao Município as seguintes isenções:

- Suspensão de ajuste do gasto com pessoal;
- Suspensão de ajuste da dívida de longo curso (consolidada);
- Dispensa de atingir as metas fiscais anunciadas na lei de diretrizes orçamentárias – LDO (resultados primário e nominal);
- Afastamento das condições para receber transferências voluntárias do Estado ou da União (*convênios*);
- Dispensa de compensar financeiramente a nova despesa obrigatória, desde que voltada à pandemia;
- Liberação de recursos vinculados, se destinados aos gastos Covid-19.

Além disso, a crise sanitária motivou a edição das Emendas Constitucionais 106/2020 e 109/2021 e das Leis Complementares 173/2020 e 178/2021, sendo que estas últimas também efetivaram mudanças permanentes na Lei de Responsabilidade Fiscal.

A tudo isso se acresça a instituição do novo Fundeb, que aumentou a vinculação em favor do magistério (de 60% para 70%), mas – e eis aqui o problema – a legislação de emergência proíbe, até o final de 2021, reajustes, abonos salariais, prêmios, ou seja, os mecanismos antes tão usados para alcançar o mínimo remuneratório do educador.

Nesse contexto, o presente artigo recomendará cautelas para o encerramento do exercício de 2021, nisso considerando as já ditas inovações constitucionais e legais, no contexto dos pisos e limites que, descumpridos, ensejam a reprovação da conta anual do Prefeito.

## O DECRETO DE ENCERRAMENTO DE EXERCÍCIO

Geralmente, os municípios editam decretos orientando o encerramento do exercício; assim fazem para assegurar uma prestação de contas adequada aos limites e condições do nosso direito financeiro.

Nesse contexto, o chefe do Poder Executivo, *caso queira*, pode editar decreto com os seguintes conteúdos:

- Em até 7 (sete) dias úteis, realização de estudo para avaliar se a incorporação de custos salariais dos contratos de gestão com OSs (Organizações Sociais) resultará extrapolação dos 54% do Executivo Municipal e, portanto, os benefícios da Lei 178/2021 (ajuste em 10 anos do excesso do gasto laboral). De outro lado, vale lembrar que, conforme a Secretaria do Tesouro Nacional – STN (Nota Técnica 45.799/2020), os custos salariais de Auxílios, Subvenções e Contribuições, nenhum deles se agrega à despesa de pessoal da Prefeitura (v. Comunicado 433<sup>2</sup>);

- Caso a remuneração do magistério venha se mostrando abaixo de 70% do Fundeb, apresentação, em 7 (sete) dias úteis, de propostas de resolatividade (ex: horas extras para aulas de reforço; abono salarial à conta dos 10% adiados para os 4 primeiros meses de 2022; instituição do piso remuneratório do magistério; pagamento de férias e licenças-prêmio vencidas etc.);

- Caso o Município tenha recebido o novo complemento do Fundeb, o VAAT, sua aplicação deve assim ser feita: 50% na educação infantil (*creches e pré-escolas*); 15% em despesas de capital (*obras, equipamentos etc.*);

- Data-limite para emissão de empenhos, salvo os emergenciais, diretamente autorizados pelo Prefeito;

- Data-limite para realização de pagamentos, exceto os emergenciais, autorizados diretamente pelo Prefeito;

- Prazo para cancelamento dos empenhos e Restos a Pagar efetivamente não liquidados, exceto os do mínimo constitucional da Saúde (15%), de emendas impositivas dos vereadores, diárias, ajuda de custo e do regime de adiantamento;

- Prazo final para os servidores prestarem contas dos adiantamentos, recolhendo os valores não utilizados até ... de dezembro de 2021;

- Na projeção de déficit financeiro em 31.12.2021, relacionar os gastos desde já proibidos (ex.: propaganda oficial; shows; festas; viagens; gastos de representação; obras não essenciais);

- Cuidados para liquidar a despesa da Educação até 31.12.2021, evitando possíveis glosas dos tribunais de contas.

- Enquadrado no regime normal de pagamento de precatórios (art. 100, § 5º, CF) e sem condições de quitar, à vista, os apresentados até 1º de julho de 2020, brevíssima negociação com os credores, solicitando-lhes parcelamentos, depois homologados na Justiça.

- Enquadrado no regime especial de pagamento de precatórios (Emenda Constitucional 109/2021), atentar que, em relação à receita corrente líquida, o percentual depositado não pode ser menor que o realizado no exercício de 2017.

- Relativamente às emendas impositivas dos vereadores, executar, ao menos, metade (50%), inscrevendo a outra metade em Restos a Pagar (art. 166, § 16, da Constituição).

- Prazo final para entrega do inventário de bens móveis e imóveis, nos termos do art. 96, da Lei nº 4.320/1964.

- Prazo final para entrega do relatório do controle interno.

- Projetada superação do limite da despesa com a Câmara Municipal (art. 29-A, da CF), congelar, imediatamente, o excesso, ouvida antes a Mesa Diretora daquela Casa. Do contrário, haverá rejeição da conta do Prefeito e do Presidente do Legislativo.

Por fim, de lembrar que a Câmara Municipal, no que couber, deve atender a este decreto de encerramento. É porque cabe à Prefeitura as tarefas de arrecadar e, no contexto de todos os órgãos da Administração direta, planejar a alocação orçamentária dos recursos (art. 165, CF) e, depois, realizar a programação dos desembolsos financeiros (art. 8º, da Lei de Responsabilidade Fiscal).

## O GASTO COM PESSOAL

Haja vista a calamidade pandêmica de 2021 e, dela decorrente, as já referidas normas de exceção da Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 65, I), os tribunais de contas não rejeitarão balanços pela extrapolação da despesa com recursos humanos.

De outra parte, a Lei 173/2020 proíbe o incremento desse gasto até 31 de dezembro de 2021, mesmo a corriqueira recomposição inflacionária (revisão geral anual) e a contagem de tempo para vantagens funcionais (anuênios, quinquênios etc.). Há nisso, contudo, exceções que favorecem as sentenças judiciais, as determinações legais anteriores à pandemia, as contratações emergenciais, a admissão por concursos homologados antes de 27.05.2020, bem como a reposição de cargos vagos (efetivos ou em comissão).

Em março de 2021, o Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, julgou constitucional toda a Lei 173, inclusive o trecho que impede a revisão geral anual para o servidor público.

Se a Lei nº 173 opôs rigoroso congelamento à despesa com pessoal, a Lei Complementar 178, de 2021, em rumo diferente, bem alongou a adequação a ser feita pelos Poderes que, em 31.12.2021, ultrapassaram o limite fiscal, os quais contarão com nada menos que 10 anos para o ajustamento (de 2023 a 2032), desde que reduzam, a cada ano, 10% do excesso; eis o regime especial de recondução do gasto com pessoal.

Nesse contexto, o Ministério da Economia, mediante a Nota Técnica 30.805/2021, recomenda que, desde já, sejam acrescidos os custos salariais dos contratos de gestão com OS (Organizações Sociais), o que pode resultar, em 31.12.2021, superação do limite oposto à despesa com pessoal do Executivo (54%) e, por isso, o benefício daquele regime especial.

Então, há de se realizar estudo que avalie se tal agregação acarreta mesmo transposição de limite fiscal (54%) e, for bem esse o caso, deve o gestor considerar o que segue em sua tomada de decisão:

• Desde que, ao longo dos 10 anos do regime especial, o Executivo antes se amolde à barreira dos 54%, retoma-se, de imediato, o tempo regular de recondução: o de dois quadrimestres (*art. 23, da LRF*). Assim, antes de 2032 retornarão ao sistema normal os municípios com pouco excesso no dispêndio com recursos humanos;

• Se o excesso não for reduzido, a cada ano, em 10%, a penalização alcançará todo o Município e, não somente o Poder transgressor, como é no regime normal de dois quadrimestres (*art. 23, § 3º, LRF*);

• Conforme a Secretaria do Tesouro Nacional (Nota Técnica 45.799/2020), os custos salariais de Auxílios, Subvenções e Contribuições não devem se incorporar à despesa de pessoal da Prefeitura (vide Comunicado Fiorilli 433<sup>3</sup>).

• Em reunião eletrônica de 26.08.2021, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP), por meio de seus técnicos, advertiu que OSs realizadoras, como um todo, de serviços públicos (ex: administração de hospital ou pronto-socorro) não deveriam ter sua folha de pagamento somada ao dispêndio laboral da Prefeitura, quer isso dizer, a tal agregação somente atingiria OSs que se limitam a contratar mão-de-obra para a Prefeitura e, não, dar conta de todo um serviço municipal.

De todo e qualquer modo, mais de um terço dos municípios brasileiros podem dispensar a tal agregação das OSs para obter os benefícios da Lei 178/2021; é porque nada menos que 1.818 Poderes Executivos (35% *do todo*) transpuseram, já em 2020, o limite do gasto com servidores (54%); é bem isso o que revela o Índice Firjan, produzido pela Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro.

Também, de salientar que, por força da Lei Complementar 178/2021, os aposentados e pensionistas da Câmara Municipal, desde já, passam a integrar o específico limite (6%), ainda que a despesa seja custeada por fundo ou autarquia do outro Poder: o Executivo. É assim porque tal diploma introduziu o seguinte dispositivo na Lei de Responsabilidade Fiscal:

Art. 20. (...)

§ 7º Os Poderes e órgãos referidos neste artigo deverão apurar, de forma segregada para aplicação dos limites de que trata este artigo, a integralidade das despesas com pessoal dos respectivos servidores inativos e pensionistas, mesmo que o custeio dessas despesas esteja a cargo de outro Poder ou órgão.

Então e quanto ao gasto laboral, já haverá redução percentual no Executivo e, aumento no Legislativo; isso, claro, em municípios que mantêm deficitários regimes de previdência (RPPS), isto é, aqueles cujas aposentadorias e pensões superam as contribuições pagas por servidores e órgãos patrocinadores.

Em sendo assim, o gestor, na prestação de contas 2021, deve atentar para o que segue:

a) O Município editou ato aumentando a despesa com pessoal?

b) Se sim, esse incremento se ampara nas exceções facultadas pela Lei nº 173/2020, como é o caso das sentenças judiciais, determinações legais anteriores

à pandemia, contratações emergenciais, reposição de cargos vagos, nomeação de aprovados em concursos homologados antes de 27.05.2020?

c) A agregação dos custos salariais dos contratos de gestão com OS resultará extrapolação dos 54% da Poder Executivo?

d) Os custos salariais de Auxílios, Subvenções e Contribuições estão somados, de forma incorreta, à despesa com pessoal da Prefeitura?

e) Os demonstrativos da Câmara Municipal já incorporam o déficit com aposentados e pensionistas oriundos daquele Poder?

f) A folha salarial e os encargos de dezembro foram mesmo empenhados nesse mês?

g) O Imposto de Renda sobre salários e subsídios foi subtraído do gasto com pessoal, em afronta ao art. 18, § 3º, da Lei de Responsabilidade Fiscal?

h) Os pensionistas foram afastados do dispêndio em questão, em desrespeito ao art. 169, da Constituição?

i) A despesa com pessoal incorpora, de forma inadequada, gastos indenizatórios como licenças-prêmio e férias pagas em pecúnia; aviso prévio indenizado; pagamento de demandas administrativas e jurídicas; desembolso com estagiários e guardas mirim; auxílios para alimentação, transporte, creche?

## **A DESPESA OBRIGATÓRIA COM EDUCAÇÃO**

Os governos locais, todo ano, devem aplicar 25% de impostos na educação infantil e no ensino fundamental, além de despende todo o Fundo da Educação Básica (Fundeb), daqui destacado ao menos 70% para a remuneração do magistério.

Considerando que, em face da pandemia, as aulas foram paralisadas em boa parte dos anos 2020/2021, natural a redução dos gastos com manutenção e desenvolvimento do ensino, sobretudo os relacionados à compra de material didático-pedagógico e de limpeza, transporte escolar, vigilância, ajuda financeira a creches comunitárias, entre tantos outros.

Nesse cenário, o Senado aprovou, em setembro/2021, a não responsabilização de prefeitos e governadores caso haja, no biênio 2020/2021, desrespeito ao art. 212, da Constituição (os 25% da Educação). De todo modo, a falta de aplicação será depois compensada; até o exercício de 2023. Eis a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 13/2021, ora em trânsito na Câmara Federal:

Art. 115, do ADCT – Em decorrência do estado de calamidade pública provocado pela pandemia da Covid-19, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e os agentes públicos desses entes federados não poderão ser responsabilizados administrativa, civil ou criminalmente pelo descumprimento, exclusivamente nos exercícios financeiros de 2020 e 2021, do previsto no caput do art. 212 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Para efeitos do disposto no *caput*, o ente deverá complementar na aplicação da manutenção e desenvolvimento do ensino, até o exercício financeiro de 2023, a diferença a menor entre o valor aplicado, conforme

informação registrada no sistema integrado de planejamento e orçamento, e o valor mínimo exigível constitucionalmente para os exercícios de 2020 e 2021.

Resta claro que essa Proposta de Emenda Constitucional (PEC) não isenta a falta de atendimento dos 70% do Fundeb. É o que vemos em seguida.

### OS 70% DO FUNDEB

Sendo a valorização do magistério um dos objetivos dos fundos que, desde 1997, redistribuem receitas em favor de governos que mais atendem a educação básica, sob esse escopo o novo Fundeb majorou, de 60% para 70%, a parcela destinada ao profissional da educação (art. 212-A, XI, da Constituição); o desrespeito a essa regra acarreta recusa da conta anual do chefe do Poder Executivo.

No entanto, vários municípios têm mostrado dificuldade de atender, em 2021, a esses 70% do magistério; eis os fatores impeditivos:

a) A Lei Complementar 173/2020 veda, até 31.12.2021, a concessão de abonos salariais<sup>4</sup>, ou seja, inviabiliza artifício antes muito utilizado para o atingimento da despesa mínima com o profissional do magistério;

b) Aumento da vinculação remuneratória, de 60% para 70% e, ao contrário do que dá a entender a Emenda 108/2020, a lei do novo Fundeb não contempla todos os profissionais que servem o ensino público, mas, tal qual era antes, somente os professores, os versados no saber educacional e, inovadoramente, os psicólogos e assistentes sociais ligados ao setor;

c) Aumento real (acima da inflação) do Fundeb; então, nota-se elevação da base de cálculo (Fundeb recebido), enquanto os salários estão congelados por força da Lei 173;

d) Aumento da complementação da União (VAAF e VAAT).

Diante disso, algumas soluções vêm sendo discutidas; entre elas o pagamento de horas extras para os professores ministrarem aulas de reforço a alunos com dificuldade de aprendizado; a instituição do piso remuneratório nacional do professor; o pagamento de licenças-prêmio e férias vencidas e – o que nos parece mais viável e costumeiro – o abono salarial ao educador à conta dos 10% que a lei permite utilizar nos quatro primeiros meses de 2022 (Fundeb diferido; art. 25, § 2º, da Lei nº 14.113/2020), mediante lei editada logo no início de 2022, ou seja, fora do período proibitivo da Lei nº 173/2020.

Quanto ao abono salarial, argumentam alguns que a legislação do novo Fundeb (Emenda nº 108/2020 e Lei nº 14.113/2020) não prevê o pagamento desse benefício. No entanto, esse adicional, pago geralmente em único mês, vem sendo praticado, com grande frequência, por estados e municípios há 24 anos (desde 1997), sendo que a legislação anterior (Fundef e antigo Fundeb), da mesma forma que a atual, também não previa o abono salarial.

Alegam outros que o Fundeb adiado ou diferido (10%) só caberia se o ente aplicar, no ano de competência, os 25% da Educação. Sucede que, afora os estados e municípios que obtêm ganho financeiro com tal sistema (o “plus”), o Fundeb está todo dentro dos 25% de impostos; por isso, se razão assistisse

àquela tese, estariam excluídos do Fundeb diferido os milhares de municípios com perda financeira; além do mais, os entes ganhadores utilizariam, sem critérios, excessos de Fundeb conquistados, por exemplo, no último mês do exercício. De outro lado e, sob a razoabilidade do período orçamentário adicional, a norma dos 10% não impõe qualquer exceção ou ressalva, vale dizer, entes ganhadores ou perdedores no fundo, uns e outros podem se valer do adiamento anual, até 10%, a ser empenhado, liquidado e pago nos quatro primeiros meses do ano seguinte. É bem isso que se vê no respectivo trecho da Lei 14.113, de 2020:

Art. 25. Os recursos dos Fundos, inclusive aqueles oriundos de complementação da União, serão utilizados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, no exercício financeiro em que lhes forem creditados, em ações consideradas de manutenção e de desenvolvimento do ensino para a educação básica pública, conforme disposto no art. 70 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

(...)

§ 3º Até 10% (dez por cento) dos recursos recebidos à conta dos Fundos, inclusive relativos à complementação da União, nos termos do § 2º do art. 16 desta Lei, poderão ser utilizados no primeiro quadrimestre do exercício imediatamente subsequente, mediante abertura de crédito adicional.

De todo modo, a concessão do abono salarial demanda estudo prévio, que leve em contas as seguintes variáveis:

- À vista do mínimo de 70%, projeção da falta de despesa com magistério (empenho) em 2021;
- 10% calculados sobre a estimativa do Fundeb a ser arrecadado em 2021, daí se obtendo o valor que poderá ser despendido nos quatro primeiros meses de 2022 (*Fundeb diferido*), sem os impedimentos salariais da Lei 173/2020;
- E, caso o Fundeb diferido não supra toda a falta de gasto salarial, a diferença exige, agora em 2021, mais gastos com o magistério, desde que não vedados pela Lei 173/2020 (ex.: horas extras para aulas de reforço a alunos com dificuldades de aprendizado);
- Impacto do abono salarial sobre a despesa laboral do 1º quadrimestre de 2022 e, se isso resultar extrapolação do limite fiscal (54%), talvez haja interesse de somar, agora em 2021, o custo salarial das Organizações Sociais (OS) ao gasto laboral do Executivo. Com efeito, essa agregação pode resultar superação do limite já em 31.12.2021, beneficiando-se a Administração do ajustamento, em 10 anos, concedido pela Lei Complementar 178/2021 (entre 2023 e 2032). Do contrário, haverá somente dois quadrimestres para que o limite seja retomado<sup>5</sup>.

## O RESULTADO DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA

De acordo com o Índice Firjan, da Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro, os municípios brasileiros inverteram, em 2020, uma negatividade

que, de há muito, pressionava suas finanças: a dos Restos a Pagar sem cobertura financeira; assim foi porque apenas 563 prefeituras (11% do todo) não contavam com dinheiro para as despesas transferidas para o ano seguinte: os Restos a Pagar (RAP). Tal situação denota que, em 2020, lograram superávit de execução orçamentária, com ele honrando todos os débitos; do ano corrente e do ano anterior (RAP).

Esse surpreendente quadro favorável, contudo, é explicado por fatores que não se repetiram em 2021, pois aqui não vieram os auxílios federais para combate da pandemia, além do que foram retomados os recolhimentos ao regime próprio de previdência (RPPS), sem embargo do reinício das atividades paralisadas em 2020 (Educação, obras, transporte público, repasses às ONGs, entre outras).

De recordar que o art. 65, II, da LRF, interrompeu, em 2021, o cumprimento das metas de resultado primário e nominal, não sancionado, por outro lado, o tipo de déficit perpetrado na grande maioria dos municípios: o das despesas bancadas, de forma irreal e artificiosa, por receita superestimada.

Não bastasse isso, a Emenda Constitucional 109/2020 faculta ao gestor realizar contenção orçamentária se a despesa corrente ultrapassar 85% a 95% da receita corrente. Essa limitação não é obrigatória, mas, se desconsiderada, reforçará o juízo negativo das cortes de contas, além do que fica o Município impossibilitado de obter garantias da União ou com esta firmar parcelamento das dívidas previdenciárias (art. 167-A, § 6º, I e II, da CF).

Diante desse cenário temerário, deve o gestor, no encerramento do exercício, providenciar que, sem amparo monetário, a parcela não liquidada dos empenhos seja cancelada e, se for o caso, reempenhada no ano seguinte. Essa anulação, todavia, não pode atingir as emendas impositivas dos vereadores, nem a parcela alusiva à despesa mínima da Saúde (15%), tampouco as diárias e os adiantamentos, vez que estas duas últimas são consideradas gasto liquidado.

Não liquidada (ou não processada) é a despesa que ainda não gerou bens e serviços para a Administração; trata-se de mero contrato formal. Tanto é assim que, sob a nova contabilidade pública esses gastos sequer ingressam no Balanço Patrimonial.

Então, a anulação dos empenhos não processados melhora, claro, o resultado de exercício, sem que haja nisso irregularidade; ao contrário, faz com que o Balanço Orçamentário espelhe, mais fielmente, a movimentação havida no exercício.

E após a prestação anual de contas, descabe à defesa solicitar que os empenhos não liquidados sejam excluídos do déficit orçamentário. Se assim fosse admitido, o gasto “desapareceria”, não figurando nem no ano do empenho, tampouco na despesa do exercício seguinte.

Contudo, desde que haja lastro monetário, os empenhos não processados também podem compor os Restos a Pagar, ou seja, não precisam ser cancelados. De fato, se há dinheiro que lhe amparem, já estarão amparados, por óbvio, os empenhos já processados.

Na escolha dos não liquidados que, até o limite da disponibilidade monetária, serão inscritos em Restos a Pagar, serão priorizados os empenhos da Saúde, nisso considerando a seguinte passagem da Lei Complementar 141, de 2012:

Art. 24. Para efeito de cálculo dos recursos mínimos a que se refere esta Lei Complementar (os da Saúde), serão consideradas:

I – as despesas liquidadas e pagas no exercício; e

II – as despesas empenhadas e não liquidadas, inscritas em Restos a Pagar até o limite das disponibilidades de caixa ao final do exercício, consolidadas no Fundo de Saúde.

Na apuração do suporte pecuniário para os empenhos não liquidados, serão subtraídos os valores necessários aos Restos a Pagar de anos anteriores, bem assim as disponibilidades do fundo especial previdenciário, além dos dinheiros vinculados a outros débitos extraorçamentários, como depósitos e consignações.

De toda forma, o decreto municipal de encerramento de exercício poderá estabelecer que, se não liquidados até certa data do ano seguinte, os Restos a Pagar serão também cancelados.

Neste ponto não é demais recordar o óbvio: é absolutamente descabido anular empenho já liquidado; seria isso uma fraude contra credores e balanços.

Ao demais, precisa o dirigente atentar que o Balanço Orçamentário pode ser ajustado pela fiscalização dos tribunais de contas, o que, às vezes, transforma um superávit num déficit de execução.

Nisso e primeiramente, há de se evitar as tão costumeiras “*pedaladas*” fiscais, as que adiam, para o exercício seguinte, a escrituração de despesas incorridas no ano encerrado. De fato, a despesa pública é empenhada (e contabilizada) no momento da contratação, independente da época de pagamento; eis o regime de competência de que trata o art. 35, II, da Lei nº 4.320/1964.

No Município, essas *pedaladas* costumam alcançar a folha salarial e os encargos patronais do mês de dezembro.

Também de considerar que, perante o art. 71, I e II, da Constituição, o princípio da entidade prevalece no juízo das contas públicas. Em cada ano civil, há um parecer prévio sobre a conta do Prefeito, e um julgamento definitivo para o balanço de cada titular de autarquia, fundação e empresa pública.

Nesse rumo, as receitas autônomas, próprias, daquelas entidades descentralizadas não podem comparecer no balanço individual, específico, da Administração direta (Prefeitura e Câmara).

Em sentido contrário, os repasses não orçamentários, extraorçamentários, da Prefeitura para sobreditos entes descentralizados, essas transações, sim, serão adicionadas ao gasto exclusivo da Administração direta; é porque reduzem a receita efetiva da prefeitura concedente, só não empenhadas para evitar duplicidade na consolidação dos balanços. Eis o caso da ajuda financeira a autarquias, fundações e empresas dependentes e, também, da cobertura do déficit financeiro dos regimes próprios de previdência.

## O que pode relativizar o déficit da execução orçamentária

Em sua defesa, pode o Município alegar o que segue:

- a) Queda real na arrecadação do ano, ou seja, a receita evoluiu menos que a inflação do período;
- b) Em obediência aos alertas do Tribunal de Contas, foi de fato limitada a despesa não obrigatória;
- c) Efetivação de medidas para incrementar a receita própria, sobretudo cobrança mais efetiva da dívida ativa (ex.: protesto em cartório);
- d) Investimentos superiores à média nacional de 7% da receita (segundo Índice Firjan, da Federação das Indústrias do Rio de Janeiro);
- e) Revogação de renúncias fiscais que ainda persistiam na vida financeira do Município;
- f) Elevada despesa por ordem judicial, sobretudo na Saúde;
- g) Alentado gasto com serviços atribuídos à União ou ao Estado (ex.: cessão de servidores para a Junta de Alistamento Militar, Cartório Eleitoral, delegacia de polícia; fornecimento de combustível para o Corpo de Bombeiros, entre outras);
- h) Atingimento do resultado mais apreciado pela nova contabilidade pública: o superávit patrimonial.

## OS PRECATÓRIOS JUDICIAIS

Relativamente aos precatórios judiciais, cabe lembrar que, nos termos da Emenda 109/2020, o regime especial de precatórios judiciais foi estendido até 31 de dezembro de 2029 (antes terminava em 2024). Nesse rumo, há de o gestor verificar o que segue:

a) Municípios do regime especial (com dívida judicial em 25 de março de 2015): baseada em proporção à receita corrente líquida (RCL), pagamento suficiente para quitar o passivo até 2029, sendo que o percentual (valor/RCL) não será inferior ao efetivamente desembolsado no ano de 2017.

b) Municípios do regime normal, ordinário (sem dívida judicial em 25 de março de 2015): pagamento dos precatórios apresentados até 1º de julho de 2020 e mais os requisitórios de baixa monta.

## A FALTA DE CONFIABILIDADE DAS PEÇAS CONTÁBEIS

Na auditoria externa das empresas privadas, essa irregularidade, por si só, conduz ao parecer desfavorável. Assim é porque balanços incorretos maquiavam a realidade patrimonial da entidade, induzindo a erro os sócios, os acionistas, os credores e os governos.

Antes da Nova Contabilidade Aplicada ao Setor Público (2008), o controle das entidades públicas se fundava, com maior rigor, no exame da execução orçamentária e, muito menos, no desempenho patrimonial da entidade governamental.

A partir de então, a falta de fidedignidade das peças contábeis tem respondido por algumas rejeições dos tribunais de contas.

Diante disso, as entidades municipais devem atentar para as seguintes cautelas:

- Coincidência entre os registros analíticos e os sintéticos (*os anotados nos balanços*), cabendo ressaltar que a divergência tem sido grande na Dívida Ativa;
- No passivo não circulante, registro de todas as dívidas de longo curso, sobretudo precatórios judiciais e parcelamentos previdenciários;
- Coincidência entre os registros contábeis e as informações enviadas aos sistemas eletrônicos de controle;
- Alterações posteriores devem seguir normas, procedimentos e princípios aceitos pela ciência contábil;
- Consistência entre os sistemas orçamentário, financeiro e patrimonial;
- Não transferência de Restos a Pagar para o passivo de longo curso (*não circulante*);
- Atualização monetária da Dívida Ativa;
- No sistema orçamentário, contabilização das receitas pelo regime de caixa; o das despesas conforme o sistema de competência, sobretudo a folha salarial e os encargos patronais de dezembro.

## AS MODIFICAÇÕES NÃO AUTORIZADAS NO ORÇAMENTO

Alguns tribunais de contas têm apontado que, na fase da execução, as alterações orçamentárias vêm ultrapassando a autorização genérica da lei orçamentária anual (art. 165, § 8º, da CF) e as licenças concedidas em diplomas específicos, o que é falha grave, pois, exceto os créditos extraordinários, nenhuma despesa pública pode dispensar a anterior permissão legislativa (art. 167, I, II, da CF).

Às vezes o desacerto se dá porque os gestores ainda não se convenceram que crédito adicional por anulação de verba nada tem a ver com os institutos da transposição, remanejamento ou transferência (art. 167, VI, da CF); assim, trocas entre rubricas de uma mesma ação de governo ou mesma categoria econômica, tais permutas requerem, sim, crédito suplementar, mediante a redução da sobredita permissão genérica do orçamento ou, se esgotada tal margem, amparadas por leis específicas, quer dizer, esses intercâmbios orçamentários solicitam, sim, autorização legislativa (genérica ou específica), não podendo ser criados, apenas, por decreto executivo.

Sempre bom lembrar que transposição, remanejamento e transferência viabilizam mudanças nas políticas de governo, ou seja, garante modificações nas intenções originais de lei aprovada no ano anterior: a do orçamento. Realmente e segundo a Constituição, aquele trio será acionado nas permutas orçamentárias entre diferentes categorias de programação, sejam funcionais-programáticas (ação de governo) ou econômicas (corrente ou capital).

De seu lado, o crédito adicional suplementar apenas remedia erros, omissões e esquecimentos quando se elabora o orçamento anual.

No encerramento de exercício, vital a autoridade financeira conferir se todas as modificações orçamentárias dispuseram de autorização legislativa, quer na lei de diretrizes orçamentárias – LDO (para transposições, remanejamentos e transposições) ou na lei orçamentária anual – LOA (para créditos adicionais), e, esgotada as genéricas margens concedidas naqueles dois diplomas, autorização em lei formal específica.

De lembrar que, seja na LDO ou na LOA, esses percentuais genéricos são para todo o Município, o que inclui a Prefeitura e, também, a Câmara, autarquias e certas fundações municipais. Assim, o chefe do Poder que controla todo o orçamento municipal (o Executivo) decreta a mudança orçamentária na Câmara ou nas autarquias e fundações, em seguida determinando que a Contabilidade Central (da Prefeitura) faça a respectiva dedução sobre aqueles percentuais genéricos (vide artigo 42, da Lei nº 4.320, de 1964).

### **O QUE NÃO PODE FALTAR NO RELATÓRIO DO CONTROLE INTERNO**

Os tribunais de contas, cada vez mais, exigem eficiência do Controle Interno, cujo sistema tem previsão constitucional (art. 74).

Não raras vezes, tais cortes vêm rejeitando contas ante a inoperância do Controle Interno, sendo que, em anos anteriores, produzem prévios alertas sobre tal omissão.

Nesse sentido, o gestor deve assim observar quanto ao respectivo Sistema de Controle Interno (SCI):

- Vínculo direto com o titular da entidade (prefeito, presidente da Câmara, superintendente da autarquia etc.);
- Os controladores devem ser servidores efetivos e, não, ocupantes de cargo em comissão (decisão do STF, no Recurso Extraordinário 1.264.676);
- O relatório não pode se limitar a índices e a cumprimento de limites; deve também indicar soluções (ex.: em face da baixa cobrança de dívida ativa, protesto em cartório; considerando a perspectiva de déficit, congelamento de despesas com festas, propaganda oficial, viagens, gastos de representação);
- À vista das indicações do Controle Interno, o dirigente precisa determinar providências;
- E, desde que ordenadas as tais providências, o Controle Interno deve acompanhar sua efetivação;
- Há de haver ligação com as Ouvidorias;
- Municípios maiores necessitam editar manual de procedimentos para os vários setores de atuação (ex.: um para a Tesouraria; outro para o setor de compras; mais um para o Departamento de Pessoal);
- O Controle Interno há de emitir parecer sobre os adiantamentos, bem como quanto à legalidade, eficácia e eficiência dos repasses às entidades do 3º setor;
- O responsável não pode ter parentesco com os agentes políticos do Município.

Além disso, o relatório do controle interno deve sempre abranger itens fundamentais na gestão financeira e operacional da entidade pública. No caso das prefeituras, os seguintes conteúdos mostram-se indispensáveis:

- Os projetos (sobretudo as obras) com execução bastante morosa;
- A evolução do Município em indicadores como o Ideb, Idsus, Firjam, Saneamento;
- O nível de aplicação em setores constitucionalmente protegidos: Saúde, Educação, Precatórios Judiciais;
- O percentual das variáveis sujeitas a limites fiscais: gasto de pessoal; dívida consolidada; operações de crédito; garantias;
- O resultado de execução orçamentária;
- O impacto desse resultado sobre a dívida líquida de curto prazo (*déficit financeiro*);
- O estoque de Restos a Pagar (liquidados e não liquidados);
- A evolução da dívida de longo prazo;
- O recolhimento dos encargos sociais (do exercício e o de anos anteriores, ora em parcelamento).
- O tamanho dos repasses a entidades do terceiro setor;
- O nível do investimento realizado;
- O percentual de transferências à Câmara de Vereadores proporcionalmente à receita do ano anterior;
- O número de admissões, exonerações, novas aposentadorias e pensões;
- Outras informações tidas básicas pela unidade de Controle Interno, sobretudo as recomendações dos conselhos sociais (Saúde, Educação, entre outros). 

## NOTAS

### 1 Art. 70 – (...)

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária

### 2 <https://fiorilli.com.br/433-para-a-stn-auxilios-subvencoes-e-contribuicoes-nao-devem-compor-a-despesa-laboral-da-prefeitura/>

### 3 <https://fiorilli.com.br/433-para-a-stn-auxilios-subvencoes-e-contribuicoes-nao-devem-compor-a-despesa-laboral-da-prefeitura/>

### 4 Art. 8º Na hipótese de que trata o art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de:

VI – criar ou majorar auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza (...)

### 5 <https://fiorilli.com.br/421-qual-o-servico-indireto-ingressara-na-despesa-com-pessoal-da-administracao-publica/>



**FLAVIO CORRÊA DE TOLEDO JUNIOR** é Professor de Orçamento Público e Responsabilidade Fiscal. Ex-Assessor Técnico do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Consultor da Fiorilli Software.



# Imposto Brasileiro sobre Grandes Fortunas: a constitucionalização do equívoco

■ POR IVANA MUSSI GABRIEL E GUSTAVO CALÇADO

**“A finalidade do imposto sobre grandes fortunas, tal como se apresenta no art. 153, inciso VII da Constituição da República, não é a de buscar rendimentos para o Estado para amenizar as desigualdades sociais, e sim de provocar a repugnância do contribuinte assalariado, já tributado sobre rendimento e patrimônio. É um tributo ‘anacrônico, retrógrado e ineficaz’, para não dizer, irracional.”**

**N**o romance “Esaú e Jacó”, de Machado de Assis<sup>1</sup>, publicado em 1904, há um episódio significativo da história do Brasil. A Tabuleta de Custódio narra a desventura do personagem Custódio, que tinha uma renomada confeitaria na rua do Catete, no Rio de Janeiro, conhecida como Confeitaria do Império. Com a Proclamação da República, Custódio passa a viver um dilema: trocar ou não o nome da placa de seu estabelecimento. Melhor seria chamar “Confeitaria da República”? Optou, dentre várias, por “Confeitaria do Governo”, que tanto serviria para um como para outro regime.

Curioso notar que Custódio, em momento algum, demonstrou preocupação com o que era importante para o seu país. Manteve-se alheio à mudança de regime de governo. Ele queria mudar a tabuleta, tão só a tabuleta da fachada de sua confeitaria.

Para grande parcela de habitantes do nosso país, que carrega o peso da carga tributária e de outros flagelos sociais, torna-se fundamental, nesse momento, saber “quem governa”, “quanto se paga de tributos” para poder influenciar os rumos do Brasil que merece prosperar.

É preciso que o cidadão contribuinte adote uma postura diferente da de Custódio e passe a refletir mais sobre a tributação, em especial, do imposto brasileiro sobre fortunas que, insistentemente, aparece nas “tabuletas” dos governos.

O pagamento dos tributos é um dever constitucional fundamental inerente ao Estado. Não deve ser compreendido como “meramente um sacrifício, mas sim, uma contribuição necessária para que o Estado cumpra suas tarefas no interesse do proveitoso convívio de todos os cidadãos”<sup>2</sup>. A manutenção da máquina estatal, assim como a promoção dos direitos sociais, depende de recursos financeiros que, cada vez mais, decorrem da tributação.

Pode-se afirmar que, atualmente, é a arrecadação tributária sobre renda, patrimônio e consumo que constitui a principal fonte de financiamento do Estado. Isso porque, quem tem a possibilidade de auferir renda, deter patrimônio e realizar consumo, na expressão de Regina Helena Costa<sup>3</sup>, tem poder de contribuir para as despesas do Estado, porque todas são manifestações da capacidade contributiva.

O Brasil, portanto, é considerado um Estado Fiscal, assim compreendido como “o Estado cujas necessidades financeiras são essencialmente cobertas por impostos”<sup>4</sup>.

Partindo-se do pressuposto de que, no Estado Fiscal, a “tributação é inafastável”<sup>5</sup>, o presente trabalho pretende tratar, de forma despreziosa, com intuito de estimular debates, do imposto sobre grandes fortunas, previsto no art. 153, inciso VII da Constituição Federal de 88, e ainda não instituído no Brasil.

## **IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS NA CONSTITUIÇÃO DE 88**

O imposto sobre grandes fortunas – IGF – foi previsto, originalmente, na Constituição Federal de 88, no art. 153, inciso VII, com os seguintes dizeres: “Compete à União instituir imposto sobre grandes fortunas, nos termos de lei complementar”<sup>6</sup>.

A Proposta de Emenda Constitucional para previsão do imposto sobre grandes fortunas partiu do deputado federal Antônio Mariz (PMDB/PB), em razão dos seus trabalhos na Assembleia Nacional Constituinte (87-88), no sentido de prever um tributo que não incidisse sobre a classe média brasileira sobrecarregada de tributação.

Apenas em dois momentos a Constituição Federal de 88 trata do imposto sobre grandes fortunas: no art. 153, inciso VII e, a partir da Emenda Constitucional 31/00, no art. 80, inciso III do ADCT (Ato de Disposições Constitucionais Transitórias), que diz que o produto da arrecadação do imposto sobre grandes fortunas será destinado exclusivamente para Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

Com advento do art. 80, inciso III do ADCT, o imposto sobre grandes fortunas se torna imposto finalístico ou imposto de arrecadação vinculada, pois o produto da arrecadação é destinado a uma despesa específica, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. Daí o imposto sobre grandes fortunas ser comumente conhecido como “imposto Robin Hood”, no sentido (equivocado) de “tirar dos ricos para dar aos pobres”.

## NATUREZA JURÍDICA DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS

Com relação à natureza jurídica do imposto sobre grandes fortunas, trata-se de um imposto sobre grandes patrimônios, que recai sobre o patrimônio do contribuinte na sua totalidade. Em outras palavras, é um imposto sobre a riqueza em estoque, a riqueza acumulada ou patrimônio de maior expressão, tais como obras de arte, joias, barcos, contas bancárias, jatinhos, ativos financeiros, ações, “incluindo o imóvel residencial e os instrumentos de trabalho”<sup>7</sup>.

Não se confunde com os impostos sobre o patrimônio individualizado, como IPTU, ITR e IPVA, nem com impostos sobre transmissões patrimoniais, como ITCMD e ITBI.

Em que pese divergência doutrinária<sup>8</sup>, cabe à lei complementar criar e definir todos os aspectos do imposto sobre grandes fortunas (aspectos material, temporal, espacial, pessoal e quantitativo). A referência à lei complementar no próprio inciso VII do art. 153 da Constituição da República quer exigir, portanto, essa espécie normativa para criação desse tributo bem como para definição de todos os seus elementos.

Como leciona Gabriel Valle<sup>9</sup>, o legislador exercitará em um único diploma legal, as competências previstas nos arts. 153, inciso VII e 146, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal de 88.

Cabe à lei complementar criar e definir todos os aspectos do imposto sobre grandes fortunas (aspectos material, temporal, espacial, pessoal e quantitativo).

Para Leandro Paulsen<sup>10</sup>, a referência à lei complementar no próprio inciso em que previsto o imposto sobre grandes fortunas “vem exigir este veículo normativo para instituição propriamente do tributo, ou seja, para definir todos os elementos da norma tributária impositiva”.

O legislador tem liberdade, inclusive, para definir “grandes fortunas”. Como alerta Ives Gandra Martins<sup>11</sup>, “fortuna é mais do que riqueza e grande fortuna

é mais do que fortuna” e se incidir em qualquer valor fora daquilo que constitui uma grande fortuna (o adjetivo é relevante na lei), seria inconstitucional.

O problema está em delimitar as grandes fortunas, em especial em um país em que a maior parte da população brasileira pertence à classe C e D. O conceito é deveras indeterminado.

Para Paulo Caliendo, a definição de grande fortuna,

[...]é um tema absolutamente controverso em um país altamente desigual como o Brasil, visto que qualquer patrimônio um pouco superior a média de miserabilidade que vigora em nosso país poderia ser considerada ‘fortuna’ e do mesmo modo integrantes da classe média alta poderiam ser considerados ricos, em comparação com outros compatriotas menos afortunados<sup>12</sup>.

Os projetos de lei parlamentares<sup>13</sup> apresentados no Congresso Nacional estabeleceram, para o conceito de grandes fortunas um “valor fixo” ou termos como “faixa de isenção de imposto de renda”, revisada periodicamente ou “salário-mínimo”, atualizado anualmente.

A título de exemplo, o art. 1º do PLP 277/08, da deputada Luciana Genro (PSOL/RS), define grande fortuna como patrimônio de valor superior a 2 milhões. O art. 5º do PLS 315/2015, do senador Paulo Paim (PT/RS) considera valor superior a 50 milhões. Já o art. 3º do PLP 183/2019, do senador Plínio Valério (PSDB/AM) e art. 5º do PLP 50/2020, da senadora Eliziane Gama (Cidadania/MA) consideram 12.000 (doze mil) vezes o limite mensal de isenção do imposto sobre a renda da pessoa física. Por sua vez, o art. 2º do PLP 38/2020, do senador Reguffe (Podemos/DF) considera o que exceder 50.000 (cinquenta mil) salários-mínimos.

Ainda sobre a expressão “grande fortuna”, interessante notar que:

Outros países já tributaram ou ainda tributam a grande riqueza por meio de alguma forma de imposto recorrente incidente sobre o patrimônio global, sem fazer o corte adotado pela nossa Constituição de que essa riqueza deveria se configurar como ‘grande fortuna’, com exceção do *impot sur lès grandes fortunes* francês, que vigorou em parte da década de 1980, sendo posteriormente reintroduzido com a nova nomenclatura de *impot de solidarité sur la fortune*.<sup>14</sup>

Determinar o que deve ser considerado como grande fortuna, nas lições de Gabriel Arbez Valle<sup>15</sup>, dependerá da análise periódica de dados fiscais constantes na parte relativa aos bens e direitos da declaração de imposto de renda de pessoas físicas que, diga-se de passagem, não expressará com exatidão o real patrimônio dos declarantes.

## A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

O imposto sobre grandes fortunas ainda não foi criado no Brasil por falta de consenso político e a experiência internacional tem desaconselhado a implementação do imposto sobre grandes fortunas. Por décadas, a instituição do

imposto sobre grandes fortunas nos países da Europa e até da Ásia foi desastrosa, criando mais problemas do que soluções. Os EUA, Inglaterra, Canadá, Austrália, Portugal, por conta dessas experiências, nem sequer pensaram na sua criação.

A respeito da opção pela tributação da riqueza, é possível verificar duas linhas de referência: linha anglo-saxônica e linha francesa. Como explica Gabriel Arbez Valle:

A linha anglo-saxônica, seguida pela Inglaterra e pelos Estados Unidos, prioriza a tributação da renda e da transferência da riqueza – em especial por meio de herança e doação – como forma ideal de captação da capacidade contributiva dos mais afortunados. Por outro lado, a linha tradicionalmente chamada de francesa dá preferência à criação de um imposto que incida direta e periodicamente sobre as grandes fortunas, onerando, dessa forma, a concentração patrimonial de determinada pessoa ou família, não obstante também trabalhe com a tributação progressiva da renda e das transferências patrimoniais.<sup>16</sup>

Continua o autor,

Diversos países optaram, no decorrer do século passado, por seguir a vertente clássica francesa, instituindo em seus ordenamentos jurídicos alguma forma de imposto periódico incidente sobre o patrimônio global. [...]. Ocorre que, a partir da década de 1990, em um movimento liberalizante, vários países que adotavam essa modalidade de exação optaram por excluí-la dos seus sistemas tributário, sob a argumentação de que esse tipo de tributo gera a transferência do capital para outras localidades, distorce a alocação dos recursos, teria baixo potencial arrecadatório e alto custo administrativo.<sup>17</sup>

Entre os países que adotam o imposto sobre grandes fortunas, destacam-se Argentina, Uruguai, Colômbia, Holanda, Suíça, Noruega e Espanha. “A França alterou recentemente seu ordenamento jurídico, não se podendo afirmar que possui um imposto incidente periodicamente sobre a riqueza acumulada”.<sup>18</sup>

Em síntese, para Paulo Caliendo,

I – não instituíram o tributo: Inglaterra, Estados Unidos, Canadá e Austrália; II) possuem e há debates para supressão: Espanha; III) países que suprimiram: Japão (1950), Itália (1992), Áustria (1994), Dinamarca (1997), Irlanda (1997), Alemanha (1997), Países Baixos (2001), Luxemburgo (2006), Finlândia (2006).<sup>19</sup>

Bem por isso, não se pode negar que existe uma tendência mundial de não se tributar as fortunas e o Brasil não pode ignorar tais fatos. A experiência internacional demonstrou que o imposto sobre grandes fortunas desestimula a poupança nacional interna, afasta investidores, acirra o exílio fiscal – a saída dos ricos do país, além de ter uma arrecadação baixa, para não dizer, pífia. As

despesas com sua cobrança e arrecadação, por sua vez, são altas, superando o valor arrecadado. Acaba por incentivar a sonegação fiscal e, por fim, dá margem ao confisco de patrimônio privado até do assalariado.

## LIMITE AO PODER DE TRIBUTAR AS GRANDES FORTUNAS: PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO

A desatenção a um princípio implica, na expressão de Geraldo Ataliba, em “ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade e inconstitucionalidade”<sup>20</sup>.

O princípio do não confisco ou da vedação do confisco, que se dirige a todos os tributos e que constitui uma garantia constitucional, está previsto no art. 150, inciso IV da Constituição Federal de 88, a saber: “É vedado à União, Estados, Municípios e DF, utilizar tributo com efeito de confisco”.

Confisco, do latim *confiscatio*, significa apreensão de bens pertencentes a outrem em proveito do fisco. No art. 150, inciso IV da Constituição Federal de 88, encontra-se, de forma expressa, uma vedação ao Estado para utilizar tributos com efeito confiscatório.

O texto constitucional “proíbe a tributação excessiva, exacerbada, pesada, insuportável, que afeta substancialmente o patrimônio e renda do contribuinte. Quer-se evitar incidências tributárias excessivas que causem verdadeiras subtrações do patrimônio e renda dos contribuintes”.<sup>21</sup>

Para Regina Helena Costa<sup>22</sup>, se o tributo, na própria dicção legal, é prestação pecuniária compulsória, que não constitua sanção por ato ilícito (art. 3º CTN), lógica a conclusão segundo a qual não pode ser utilizado com efeito confiscatório.

O imposto sobre grandes fortunas se torna confiscatório ao violar a capacidade contributiva, prevista no art. 145, § 1º da Constituição de 88, que consiste na aptidão que cada pessoa tem de contribuir na medida da sua capacidade econômica. Logo, “não se deve exigir dos cidadãos de menor renda, de menor patrimônio o mesmo exigido dos cidadãos com maior capacidade econômica.”<sup>23</sup>

Como não há um critério para delimitar a partir de quando tributação passa a ser pesada, exacerbada, confiscatória, compete ao juiz, ao ser chamado para resolver os conflitos entre Poder Público e contribuintes, proceder à avaliação dos excessos eventualmente praticados pelo Estado, pautando-se pela razoabilidade. Cabe ao Judiciário, portanto, exercer o “controle da voracidade fiscal do governo” e dizer quando o tributo é confiscatório.

Nota-se que muitos projetos de lei apresentados no Brasil costumam fixar um limite baixo de isenção do imposto sobre grandes fortunas, de 2 milhões, 5 milhões de reais (PLP 277/08 e PLP 26/11, respectivamente), o que torna essa tributação irracional porque passa a atingir os contribuintes da classe média, em especial, os assalariados. Isso, definitivamente, contraria a vontade constitucional de se tributar grandes fortunas e tão somente estas.

Levando-se em consideração um período de valorização imobiliária, a classe média com um patrimônio acumulado no valor de 2 milhões, em razão de uma vida de trabalho, por exemplo, seria contribuinte do imposto sobre grandes fortunas, em razão desse limite baixo de isenção.

E mais, o imposto sobre grandes fortunas acabaria por gravar o contribuinte assalariado, uma vez que os tributos, de forma geral, são pagos com rendimentos. No sentido de que toda tributação incide, ao final, sobre os rendimentos das pessoas físicas e jurídicas, alertam Luiz Aranha e Bruno Fernandes:

Sabemos que, efetivamente, toda a tributação, no fundo, incide sobre manifestações de renda, algumas diretas, outras reflexas, o que significa a necessidade de muito cuidado nas incidências sobre o patrimônio já que, a rigor, sempre teremos dupla tributação convidativa de excessos.<sup>24</sup>

A finalidade do imposto sobre grandes fortunas, tal como se apresenta no art. 153, inciso VII da Constituição da República, não é a de buscar rendimentos para o Estado para amenizar as desigualdades sociais, com a tributação dos patrimônios de maiores expressões, e sim de provocar a repugnância do contribuinte assalariado, já tributado sobre rendimento e patrimônio. Tem caráter mais eleitoral, político do que propriamente tributário. É um tributo “anacrônico, retrógrado e ineficaz”<sup>25</sup>, para não dizer, irracional.

## CONCLUSÃO

O imposto sobre grandes fortunas ainda não foi criado no Brasil por falta de consenso político e experiência internacional tem desaconselhado a implementação. O imposto sobre grandes fortunas desestimula a poupança nacional interna, afasta investidores, acirra o exílio fiscal – a saída dos ricos do país, além de ter uma arrecadação baixa, para não dizer, pífia. As despesas com sua cobrança e arrecadação, por sua vez, são altas, superando o valor arrecadado. Acaba por incentivar a sonegação fiscal e, por fim, dá margem ao confisco de patrimônio privado até do assalariado.

Nota-se que muitos projetos de lei apresentados no Brasil costumam fixar um limite baixo de isenção do imposto sobre grandes fortunas, de 2 milhões, 5 milhões de reais (PLP 277/08 e PLP 26/11, respectivamente), o que torna essa tributação irracional porque passa a atingir os contribuintes da classe média, em especial, os assalariados.

Levando-se em consideração um período de valorização imobiliária, a classe média com um patrimônio acumulado no valor de 2 milhões, em razão de uma vida de trabalho, por exemplo, seria contribuinte do imposto sobre grandes fortunas, em razão do limite baixo de isenção. E mais, o imposto sobre grandes fortunas acabaria por gravar o contribuinte assalariado, uma vez que os tributos, de forma geral, são pagos com rendimentos.

A finalidade do imposto sobre grandes fortunas, tal como se apresenta no art. 153, inciso VII da Constituição da República, não é a de buscar rendimentos

para o Estado para amenizar as desigualdades sociais, e sim de provocar a repugnância do contribuinte assalariado, já tributado sobre rendimento e patrimônio. É um tributo “anacrônico, retrógrado e ineficaz<sup>26</sup>”, para não dizer, irracional.

Não seria razoável graduar mais as alíquotas do imposto de renda existentes do que criar um tributo sobre o patrimônio considerado na sua totalidade, um “sobre tributo<sup>27</sup>”, que tem como fato gerador rendimentos e patrimônios já tributados?

Definitivamente, o imposto brasileiro sobre grandes fortunas é, na expressão de Alfredo Becker, “a constitucionalização do equívoco”. 

## NOTAS

- 1 ASSIS, Machado de. *Esau e Jacó*. São Paulo: Edigraf, s/d, p. 157.
- 2 TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e o princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 13.
- 3 COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário. Constituição e Código Tributário Nacional*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.5.
- 4 NABAIS, José Cabalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 191/192.
- 5 PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário Completo*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 25.
- 6 *O Impôt sur les Grandes Fortunes*, instituído na França, em 1981, por tratar verdadeiramente das grandes fortunas, inspirou o constituinte brasileiro para positivar o imposto sobre grandes fortunas na Constituição Federal de 88.
- 7 CALIENDO, Paulo. *Curso de Direito Tributário*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 908.
- 8 Para Kiyoshi Harada, Roque Carrazza, Luciano Amaro, por exemplo, a lei complementar a que se refere o art. 146, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal de 88 diz respeito a definição do fato gerador, da base de cálculo, de contribuintes, que são normas gerais de direito tributário, logo a instituição do imposto sobre grandes fortunas poderia se dar por lei ordinária (VALLE, Gabriel Arbex. *Imposto sobre Grandes Fortunas*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 277).
- 9 VALLE, Gabriel Arbex. *Imposto sobre Grandes Fortunas*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 278.
- 10 PAULSEN, Leandro. *Constituição e Código Tributário Nacional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 275-276.
- 11 MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sistema Tributário na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.192.
- 12 CALIENDO, Paulo. *Curso de Direito Tributário*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 908.
- 13 Destacam-se, no Brasil, muitos projetos de lei parlamentares, tais como PLP 202/89, do senador Fernando Henrique Cardoso; PLP 108/89, do deputado Juarez Marques Batista; PLP 208/90, do deputado Antônio Mariz; Projeto do Poder Executivo 218/90; PLP 268/90, do deputado Ivo Cersósimo; PLP 128/08, do senador Paulo Paim; PLP 277/08, da deputada Luciana Genro; PLP 26/11, do deputado Amauri Teixeira; PLP 06/15, do deputado Hissa Abrahão; PLS 315/15, do senador Paulo Paim; PLP 139/17, da senadora Vanessa Grazziotin; PLP 183/19, do senador Plínio Valério; PLP 38/20,

- do senador Reguffe; PLP 50/20, da senadora Eliziane Gama; PLP 101/21, do senador Randolfe Rodrigues.
- 14 VALLE, Gabriel Arbex. Imposto sobre Grandes Fortunas. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 273.
- 15 Op. cit, p. 306.
- 16 Op. cit, p. 281.
- 17 Op. cit, p. 281.
- 18 Op. cit, p. 282.
- 19 Op. cit., p. 907.
- 20 ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 34-35.
- 21 GABRIEL, Ivana Mussi. Direito Tributário para Concursos. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 76.
- 22 COSTA, Regina Helena. Praticabilidade e Justiça Tributária. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 118.
- 23 VALLE, Gabriel Arbex. Op. cit., p. 234.
- 24 ARANHA, Luiz Ricardo Gomes; FERNANDES, Bruno Rocha Cesar. *O Imposto Brasileiros sobre Fortunas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 50.
- 25 Op. cit., p. 70
- 26 Op. cit., p. 70.
- 27 ARANHA, Luiz Ricardo Gomes; FERNANDES, Bruno Rocha Cesar. *O Imposto Brasileiros sobre Fortunas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 51.

## REFERÊNCIAS

- ARANHA, Luiz Ricardo Gomes; FERNANDES, Bruno Rocha Cesar. *O Imposto Brasileiros sobre Fortunas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- ASSIS, Machado de. *Esau e Jacó*. São Paulo: Edigraf, s/d.
- ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CALIENDO, Paulo. *Curso de Direito Tributário. 2*; ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- COSTA, Regina Helena. Praticabilidade e Justiça Tributária. São Paulo: Malheiros, 2007.
- COSTA, Regina Helena. Curso de Direito Tributário. Constituição e Código Tributário Nacional. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GABRIEL, Ivana Mussi. Direito Tributário para Concursos. São Paulo: Verbatim, 2015
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sistema Tributário na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- NABAIS, José Cabalta. O dever fundamental de pagar impostos. Coimbra: Almedina, 2004.
- PAULSEN, Leandro. *Constituição e Código Tributário Nacional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. Justiça fiscal e o princípio da capacidade contributiva. São Paulo: Malheiros, 2002
- VALLE, Gabriel Arbex. *Imposto sobre Grandes Fortunas*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.



ARQUIVO PESSOAL

**IVANA MUSSI GABRIEL** é formada na Universidade Estadual Paulista (UNESP), professora universitária, advogada tributarista, especialista em Direito Tributário pelo IBET, mestre em Direito Constitucional pela ITE/Bauru, autora dos livros Direito Financeiro, Direito Administrativo e Direito Tributário e idealizadora das cartilhas do controle social dos gastos públicos.



ARQUIVO PESSOAL

**GUSTAVO CALÇADO** é especialista em Direito Constitucional (UNISUL/RS), mestre em Direitos Coletivos, Cidadania e Função Social da Constituição (UNAERP/SP), mestrando em Cultura Jurídica (Universidade de Girona/ESP), doutorando em Direito Constitucional (Universidade de Buenos Aires), parecerista da Revista Legislativa do Senado Federal, professor de pós-graduação Damásio Educacional. Possui obras publicadas, artigos e capítulos em obras especializadas.

# Retomada de voos internacionais com o avanço da vacinação pelo mundo: **ainda é eficiente exigir preenchimento de Declaração de Saúde do Viajante?**

■ POR BRUNA AMBROSIO CHIMENTI E RAFAEL VERDANT

“Não se pode inviabilizar a operação de uma empresa aérea com a aplicação de multas severas, que por vezes superam em muito o valor da passagem, especialmente pela exigência de uma documentação preenchida pelo próprio passageiro.”



**O**s impactos da pandemia, causados pelo coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19) ainda são sentidos na economia mundial, principalmente no que diz respeito à operação das empresas aéreas internacionais. Nesse contexto de crise, tivemos nos últimos meses uma boa notícia para o setor, que viu o avançar da vacinação refletida na reabertura de países para viagens de turismo, reascendendo o debate quanto à exigência do governo brasileiro do preenchimento pelo passageiro viajante da Declaração de Saúde do Viajante (DSV).

A DSV é um formulário que deve ser preenchido por passageiros, brasileiros e estrangeiros, com antecedência ao embarque de voos internacionais com destino ao Brasil. O objetivo é conhecer e mapear possíveis infectados, monitorando de forma a evitar possíveis focos de contaminação.

No contexto do aumento de número de casos, no final de 2020, a Declaração de Saúde do Viajante foi pensada como um mecanismo embrionário, e sua obrigatoriedade – lançada pela Presidência da República por intermédio da Portaria Interministerial nº 648, de 23 de dezembro 2020 – trazia regras excepcionais e temporárias para entrada de estrangeiros no Brasil.

Ao longo do tempo, o texto sofreu edições, alterações e aperfeiçoamentos, transformando-se em nova Portaria Interministerial, nº 658, de 5 de outubro de 2021, na qual mantém-se a exigência de apresentação, pelo passageiro viajante, brasileiro ou estrangeiro, de comprovante, impresso ou por meio eletrônico, do preenchimento da Declaração de Saúde do Viajante, com antecedência ao embarque para a República Federativa do Brasil.

Embora se entenda a DSV como uma importante medida preventiva de vigilância epidemiológica, é possível concluir que essa proteção foi pensada em um contexto, ainda, de vacinação incipiente, ou mesmo inexistente, bem como de avanço significativo de nova cepa da doença – para a qual era importante se lançar mão de todos os meios capazes de restringir sua circulação.

Contudo, percebe-se uma mudança do cenário. Em viagens internacionais, passou a ser exigido por muitos países, também, a apresentação do certificado de vacinação, bem como do comprovante de realização de teste para rastreamento da infecção pelo Covid-19, o que permite de forma mais eficiente se rastrear e monitorar possíveis focos de contaminação.

Assim, a obrigatoriedade da apresentação da DSV pelos passageiros, sem apuro científico ou responsabilidade médica, deixa de ser eficiente para o controle epidemiológico, principalmente ao notarmos que existem outros mecanismos mais eficientes.

Importante que seja discutida a queda de tal exigência, ou mesmo sua flexibilização – com a possibilidade de supressão da infração com o preenchimento da declaração pelo passageiro na chegada ao Brasil. Essa

exigência, no momento atual com o aumento do número de passageiros e de voos diários, representa um custo significativo de diversas companhias aéreas, que se veem responsabilizadas e autuadas pelas autoridades competentes pelo não preenchimento, ou preenchimento incorreto por parte dos passageiros.

Hoje, a Polícia Federal, quando notificada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) de alguma irregularidade na DSV vem responsabilizando a empresa aérea pelo embarque de passageiros. A Polícia Federal entende que a companhia aérea não deveria possibilitar o embarque do passageiro sem tal documentação, e aplica importante sanção pecuniária.

Não há exigência de que o passageiro carregue consigo a impressão das informações oferecidas à agência reguladora, bem como não cabe à companhia aérea a guarda de tais documentos e informações, já que não é oferecido protocolo da declaração. Não existe, hoje, qualquer mecanismo que possibilite a companhia aérea fazer uma verificação apurada das informações lançadas pelo passageiro.

Soma-se ao fato que o preenchimento é feito de forma exclusivamente online, o que dificulta, em muito, o preenchimento por uma série de passageiros que não estão familiarizados com o uso de ferramentas eletrônicas. Mesmo que a companhia faça a verificação no momento do check-in, após a apresentação do documento uma infinidade de situações podem acontecer que impeçam a checagem pela Anvisa/Polícia Federal: as informações podem ter sido forjadas pelo passageiro; o passageiro pode ter descartado ou perdido o documento impresso; algum problema de conexão na internet pode impedir que o passageiro acesse o documento em seu celular ou tablet; pode haver alguma inconsistência no preenchimento de nome ou sobrenome que dificulte a localização da informação no sistema da agência reguladora; e até mesmo o preenchimento de informação do primeiro voo da escala, em detrimento do voo em chegada ao Brasil.

Dentro desse contexto, não se pode inviabilizar a operação de uma empresa aérea com a aplicação de multas severas, que por vezes superam em muito o valor da passagem, especialmente pela exigência de uma documentação preenchida pelo próprio passageiro, sem qualquer apuro científico, e que já se entende prescindível em um momento de avanço da vacinação pelo mundo. A legislação deve evoluir e atender ao seu tempo, com a adequação aos novos cenários, permitindo-se avançar de forma inteligente com a retomada eficiente de mercados. 



ARQUIVO PESSOAL

**BRUNA AMBROSIO CHIMENTI** é graduada em Direito, Pós-graduada em Direito do Consumidor e Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Possui MBA pelo Insper-SP e especialização em negociação pela Harvard Law School. É Gerente Jurídica da TAP Air Portugal no Brasil.



ARQUIVO PESSOAL

**RAFAEL VERDANT** é Advogado graduado pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Pós-graduado em Direito Processual Civil e Gestão Jurídica pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Participou em arbitragens na WIPO – *World Intellectual Property Organization, Arbitration and Mediation Center*, em Genebra, Suíça; e no CBMA – Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem, no Rio de Janeiro; e no CAM/CCBC – Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, em São Paulo.



# Armas: liminar da insegurança jurídica

■ POR FABRÍCIO REBELO

**“Diante do *sui generis* cenário factual implementado, torna-se forçoso reconhecer que, por ausência de decisão suspensiva válida, os aludidos decretos continuam em pleno vigor, em sua integralidade.”**

**N**o julgamento da ADI 6.675, impugnando decretos sobre armas, a Ministra Rosa Weber (STF) deferiu uma liminar legalmente inexistente e instaurou forte insegurança jurídica sobre armas no país.

O advogado paranaense César Mello cunhou a máxima de que, no Brasil, “quando o assunto é armas, o Direito pula pela janela”. Embora tenha surgido em tom anedotário, como expressão da habitual dificuldade de compreensão técnica dos temas ligados ao controle de armas de fogo, a frase tem assumido cada vez mais uma expressão absoluta da realidade dos julgamentos sobre essas questões nos Tribunais brasileiros, inclusive – e destacadamente – no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Não é, de fato, uma questão nova. Todo aquele que acompanha decisões judiciais a respeito de armas sabe bem a dificuldade que se enfrenta para evitar que o preconceito criado sobre elas seja transportado para pronunciamentos judiciais, notadamente aquele mantra que se repete à exaustão em ONGs desarmamentistas e na mídia comercial, de que armas são instrumentos exclusivos da morte. O que não se esperaria, porém, é que essa contaminação alcançasse a mais alta Corte do país, com missão de salvaguarda da Constituição Federal, a ponto de até atropelar os regramentos processuais próprios das ações que ali tramitam. Mas, infelizmente, isso já aconteceu, estampando-se pelo ocorrido na apreciação inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 6.675.

Trata-se de demanda proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) para impugnar dispositivos contidos em quatro decretos publicados pelo Poder Executivo acerca de armas de fogo, quais sejam, os de números 10.627, 10.628, 10.629 e 10.630, todos de 12 de fevereiro de 2021, e que entraram em vigor, ao menos em parte, no dia 13 de abril passado. São, em essência, normas que alteram dispositivos regulamentares da Lei nº 10.826/03 já vigentes (Decretos 9.845, 9.846, 9.847 e 10.030), passando longe da instituição de regramentos autônomos e que, já por essa razão, sequer poderiam estar sendo alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade – afinal, nos termos da jurisprudência consolidada pelo próprio STF, decretos meramente regulamentares não satisfazem o requisito de violação direta à Constituição Federal.<sup>1</sup>

Além disso – ou talvez por isso –, a referida ADI se ancora em uma flagrantemente lacônica fundamentação, se esquivando de apontar objetivamente dispositivos constitucionais que pudessem, ao menos teoricamente, ter sido malferidos, e optando por se socorrer a uma violação ao “espírito do estatuto do desarmamento” (a Lei de Controle de Armas, nº 10.826/03).

Fosse sobre qualquer outro tema, seria o tipo de ação em que a petição inicial restaria sumariamente indeferida, na forma do art. 4º da Lei nº 9.868/99. Mas, como se trata de armas, o Direito resolveu dar uma escapada, “pulando a janela”, e a ação, não só foi recebida, como mereceu o indecifrável deferimento de uma liminar, no mínimo, *sui generis*.

Dentre as ações de impugnação constitucional que tramitam originalmente no âmbito da Suprema Corte, predominam duas espécies primordiais: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI ou ADIn) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Ambas são expressamente previstas na Carta Magna e derivam do malferimento a disposições dela própria, mas contendo diferenças próprias em sua tramitação, justamente em derivação de seu objeto.

A ADI é regulada pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, e tem por objeto retirar a vigência de atos normativos federais ou estaduais que confrontem diretamente o texto magno ou impor que esses atos, quando inexistentes, sejam publicados para o cumprimento daquele – na hipótese de ADI por omissão. Ou seja, essas ações se direcionam, necessariamente, a atos comissivos editados por um Poder formalmente instituído, que gozam de presunção de validade e legitimidade, ou à omissão deste em legislar.

Já a ADPF tem regulamento próprio na Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, e encampa uma abstração maior em seu objeto, pois não necessariamente se volta a uma norma formal, podendo englobar até mesmo meros atos de gestão do Poder Público que não se revelem compatíveis com os preceitos fundamentais da Constituição Federal.

Em ambas as ações, a legislação procedimental prevê a possibilidade do deferimento de liminar acautelatória. Porém, como são distintos seus objetos potenciais, os ritos dos provimentos cautelares são igual e substancialmente diferentes.

Nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade comissivas, justamente por se direcionarem a atos normativos com presunção de legitimidade e validade, a Lei estabelece requisitos rígidos para a suspensão liminar acautelatória de uma norma de cunho legal. De acordo com o art. 10 da Lei nº 9.868/99, essa

possibilidade se restringe a uma decisão colegiada, por deliberação da maioria absoluta dos membros do Tribunal e, ainda assim, com o quórum mínimo de 08 (oito) Ministros para instalação da sessão. Se concedida a medida, seus efeitos surgem a partir da publicação, em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça, da parte dispositiva da decisão.

Nesse aspecto, a exegese dos arts. 10, 11 e 22 da predita Lei é inequívoca:

“Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

§ 1º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

§ 2º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

§ 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

§ 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

[...]

Art. 22. A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros”.

Note-se que, nos exatos da norma legal, a exigência de decisão colegiada, por maioria absoluta e quórum qualificado, não é mitigada sequer por excepcional urgência, tendo em foco que, nesses casos, o máximo que se dispensa é a coleta de informações junto às autoridades envolvidas na edição do ato – art. 10, § 3º.

Já na ADPF, tendo em voga que seu objeto não se confunde com atos normativos de cunho legal editados por outro Poder, a possibilidade de concessão da medida liminar é mais flexível, sendo possível ao próprio relator, em casos urgentes, a deferir monocraticamente, submetendo sua decisão ao referendo do Colegiado Plenário.

Tal é o que se infere do disposto no art. 5º da Lei nº 9.882/99:

“Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

§ 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

§ 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.”

Cotejando-se as duas normas procedimentais, têm-se claramente que, quanto à liminar, ressaltando-se a hipótese de recesso forense, a regra para o seu deferimento é a decisão colegiada, por deliberação da maioria absoluta dos Ministros e, quanto à ADI, somente em sessão em que presentes, ao menos, 08 (oito) deles.

Já em casos de excepcional urgência, as possibilidades se distinguem. Na ADPF, o relator pode deferir monocraticamente a medida e a submeter a referendo do plenário; na ADI, se pode, apenas, dispensar a coleta das informações junto às autoridades envolvidas na edição do ato. Em nenhuma hipótese a lei prevê, para a Ação Direta de Inconstitucionalidade, que o Relator defira, monocraticamente, a medida liminar acautelatória, para posterior referendo do Colegiado.

Gize-se que não se trata de qualquer filigrana jurídica a respeito de ritos para cautelares, mas de previsão substancial de seus efeitos. Se há a possibilidade legal de deferimento monocrático da medida, *ad referendum* do plenário, seus efeitos já começam a ser produzidos imediatamente e se estendem até o pronunciamento colegiado, podendo ser por este cassado ou ratificado, conforme se deliberar. Mas, se a liminar é reservada ao próprio colegiado, os efeitos são exatamente opostos, tendo em vista que, enquanto essa decisão não for proferida, não se pode cogitar efeito algum acerca da postulação suspensiva.

No entanto, exatamente essa regra, basilar para as ações de impugnação constitucional, foi inobservada pela Ministra Rosa Weber na apreciação da ADI 6.675, aqui previamente identificada. Ao receber a postulação inicial, em que formulada pretensão cautelar, a Ministra Relatora, após oitiva da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, simplesmente deferiu monocraticamente a postulação cautelar, para, em aparente confusão de ritos processuais, suspender parcialmente dispositivos das normas impugnadas. Ou seja, proferiu uma decisão que extrapolava o seu rol de competências

funcionais em ADI, sob uma forma que, para esta modalidade processual, não é contemplada na legislação – *ad referendum*.

Na sequência, deixando o cenário ainda mais nebuloso, a decisão culminou por não ser apreciada pelo Colegiado, tendo em vista que, tão logo incluída no Plenário Virtual e após apenas um voto (do Ministro Edson Fachin), a ação foi alvo de pedido de vista pelo Ministro Alexandre de Moraes. Devolvida cerca de quatro meses depois, com um voto já julgando o mérito(!), seguiu-se outro pedido de vista, do Ministro Nunes Marques, que segue analisando o caso.

Com isso, a questão se tornou envolta em uma enorme insegurança jurídica, posto que não é possível saber se as normas regulamentares publicadas pelo Executivo estão ou não em vigor. Formalmente, existe uma liminar deferida por uma Ministra do Supremo Tribunal Federal, de forma monocrática, suspendendo alguns dispositivos dos decretos impugnados. Contudo, essa decisão carece de qualquer previsão legal, subverte o rito e os efeitos das cautelares em ações diretas de inconstitucionalidade, onde o Colegiado da Suprema Corte não apreciou, muito menos ratificando por sua maioria absoluta de membros.

A discussão não se resume, é fundamental frisar, e simplesmente se questionar o teor da decisão, por mais ideológico (e não jurídico) que seja, ou mesmo a competência para se a proferir. A questão é mais profunda, pois envolve a necessidade de se estabelecer, enquanto não apreciada pelo Plenário da Corte, os efeitos de uma decisão que não tem nenhuma base procedimental em lei e que versa sobre aspecto de impacto social amplo, reflexivo em toda sistematização regulatória para as armas de fogo no país.

Justamente no propósito de se alcançar a imprescindível solução para o caso, e considerando que as normas impugnadas possuem reflexos de natureza penal (campo em que as interpretações se conduzem em benefício do agente), notadamente na possível caracterização dos crimes previstos nos arts. 12 a 18 da Lei nº 10.826/03, bem assim que, ao proferir uma decisão não prevista na legislação processual se culmina por malferir diretamente o próprio princípio constitucional da legalidade, não se afigura desarrazoado considerar que, enquanto o Plenário da Suprema Corte não referendar, pela maioria absoluta de seus membros, o quanto proposto pela Excelentíssima Relatoria, nos exatos termos do que exige a lei, não há, em *ultima ratio*, como se reputar existente qualquer decisão suspendendo dispositivos dos Decretos nº 10.627, 10.628, 10.629 e 10.630, de 12 de fevereiro de 2021.

Consequentemente, diante do *sui generis* cenário factual implementado, torna-se forçoso reconhecer que, por ausência de decisão suspensiva válida, os aludidos decretos continuam em pleno vigor, em sua integralidade. 

## NOTA

1 Vide: ADI 561/DF; ADI 1670/DF



**FABRICIO REBELO** é Jurista, Coordenador do Centro de Pesquisa em Direito e Segurança (Cepedes), autor do livro “Articulando em Segurança: contrapontos ao desarmamento civil” e jornalista.



# Recursos Humanos e a Gestão de Dados Pessoais Sensíveis

■ POR THAÍS MARTINS

**“A atenção deverá ser voltada na proteção de dados de maneira sempre preventiva, contando com camadas adicionais de segurança, estabelecendo níveis de acesso, elaborando um mapeamento rígido de dados, e, determinando um ciclo de vida adequado para os dados.”**

**S**e fôssemos criar um mapa de risco relacionado ao tratamento de dados pessoais no BackOffice das empresas, certamente o setor de Recursos Humanos encabeçaria a lista de áreas mais vulneráveis a inconformidades. Isso porque, em vigor desde setembro de 2020, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) foi elaborada com o intuito de proteger e estabelecer diretrizes sobre dados pessoais, e trouxe consigo alterações importantes para as empresas e especialmente para os setores de Recursos Humanos, que normalmente detém a maior parte da coleta, utilização e armazenamento de dados pessoais, inclusive sensíveis, desde a candidatura até o desligamento do colaborador.

A LGPD conceitua em seu art. 5º, I, que dado pessoal é toda informação relativa a uma pessoa natural identificada ou identificável, ou seja, qualquer informação por mínima que seja que possa identificar um indivíduo, como nome, data de nascimento, dados de localização, ou seja, há um conceito amplo, onde as informações poderão ser de diversas naturezas.

Por outro lado, a LGPD também nos apresenta uma categoria especial de dados, que são denominados sensíveis e são aqueles relacionados a origem racial ou étnica, religião, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a um indivíduo, conforme art. 5º, II da LGPD.

Desta forma, ao falarmos de dados pessoais sensíveis, podemos perceber que são informações vulneráveis, que alcançam a vida individual e íntima dos titulares e, quando de conhecimento público, poderia lhes gerar efeitos indesejados, como por exemplo, discriminação negativa.

Assim, a LGPD definiu, em seu art. 11, taxativamente, um tratamento diferenciado para essa categoria de dados pessoais, e destaca o consentimento como principal base legal, onde será fornecido em documento escrito ou qualquer outro meio que demonstre o aceite do titular ou seu responsável, contendo informações claras e precisas sobre o tratamento de dados realizado.

Contudo, em sequência, o rol indicou algumas exceções, ou seja, quando não será necessária a coleta do consentimento, quais sejam: para cumprimento de obrigação legal ou regulatória; para execução de políticas públicas pela administração pública; estudos por órgão de pesquisa; para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral; proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros; tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de

saúde ou autoridade sanitária, e, garantia e prevenção à fraude e à segurança do titular.

Neste contexto, buscando a conformidade com a LGPD, os setores de Recursos Humanos devem se adequar constantemente, tanto no ponto de vista procedimental como cultural, implementando termos específicos, como a coleta de consentimento através do termo de uso e imagem quando da necessidade de utilização de fotos dos colaboradores ou de seus parentes para certas finalidades, ou também a revisão de fichas e formulários de admissão, considerando a eliminação de informações, que em muitos casos eram solicitadas sem qualquer finalidade, como perguntas relativas a cor e raça, e até mesmo sobre religião dos candidatos e colaboradores.

Outrossim, vale destacar que o departamento de Recursos Humanos geralmente é o canal principal de recebimento de atestados médicos dentro de uma empresa, documentos que contém informações sobre a saúde dos colaboradores, também considerados dados sensíveis, o que demanda extrema atenção e cuidado, principalmente em sua forma e tempo de armazenamento, este último sempre respeitando os prazos legais.

Neste sentido, é de grande importância a adequação das empresas, à fim de abolir ou minimamente regrar o compartilhamento destes documentos de forma indistinta, inclusive de atestados médicos, por meio de dispositivos pessoais, que, principalmente durante o período pandêmico se tornaram uma das principais ferramentas no ambiente corporativo, considerando a praticidade e rapidez na troca de informações, contudo é um ponto que requer cautela, uma vez que há grande risco de vazamento destes dados tendo em vista que não há controle sobre a utilização dos dispositivos.

Nesta perspectiva, de forma geral, a atenção deverá ser voltada na proteção de dados de maneira sempre preventiva, contando com camadas adicionais de segurança, estabelecendo níveis de acesso, elaborando um mapeamento rígido de dados, e, determinando um ciclo de vida adequado para os dados. Assim, os riscos de infrações a lei serão minimizados, e conseqüentemente, será evitada a aplicação de penalidades e sanções aos responsáveis pelo tratamento de dados.

Lembrando que, as sanções e punições em caso do descumprimento da lei estão em vigor desde agosto de 2021 e já vem sendo aplicadas, deste modo, é importante que o processo de adequação seja estabelecido o mais rápido possível pelas empresas, não somente pelo setor de Recursos Humanos, mas por todos os seus setores, em conformidade com a LGPD. 



ARQUIVO PESSOAL

**THAÍS MARTINS** é Advogada. Bacharel em Direito e pós-graduanda em Proteção de Dados Pessoais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Certificação na Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e Contratos e Proteção de dados pela Data Privacy Brasil.

# Tecnologia 5G: Velocidade, Conectividade e Internet das Coisas

■ POR JOSÉ MATIAS-PEREIRA

“Nos próximos anos o impacto da tecnologia 5G na vida das pessoas, na gestão pública e no mundo dos negócios será bastante significativa, ou seja, transformações profundas e benéficas irão ocorrer em diversos segmentos e atividades: econômicas, sociais, educacionais, lazer, culturais e ambientais, em especial, em avanços sensíveis na automação robótica.”



**O** Brasil deu partida, por meio do leilão da tecnologia do 5G, realizado pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), no início de novembro de 2021, na implantação da nova geração da internet móvel, com conexão ultrarrápida, que oferta soluções de conectividade com capacidades que variam de 10 a 100 vezes, em relação ao 4G. Registre-se que, a tecnologia do 5G já é utilizada em diversos países, como o Japão, Estados Unidos e Suíça.

O acrônimo 5G é a expressão utilizada para designar a rede móvel de quinta geração e as tecnologias que lhes estão associadas. Ela se propõe a servir de base para o desenvolvimento de novas soluções tecnológicas, aplicações e serviços, prevendo-se um aumento da conectividade entre vários setores da sociedade, de utilizadores e de dados partilhados, com impacto positivo na mesma.

Foram leiloadas as faixas de frequência em quatro bandas – que movimentou R\$ 46,7 bilhões – com destaque para a faixa 3,5 GHz que vai permitir conexões rápidas em longo alcance. Esses serviços deverão começar a ser disponibilizados no país até julho de 2022, inicialmente nas capitais dos estados. Custos elevados da infraestrutura e um *range* mais curto e maior suscetibilidade a obstruções são as principais desvantagens desta nova geração da internet móvel.

É importante destacar que, a tecnologia 5G, além dos aperfeiçoamentos e melhorias de velocidade e conectividade, irá liberar um sistema massivo da Internet das Coisas (*Internet of Things* – IoT), que atenderá as necessidades de comunicação de milhões de dispositivos conectados à rede mundial, com uma sintonia fina entre velocidade e custo. A amplitude da tecnologia e as mudanças na infraestrutura inerentes à implantação 5G vão gerar benefícios impactantes e mudanças em potencial em usuários individuais, comerciais e provedores de serviço no Brasil (Matias-Pereira, 2021)<sup>1</sup>.

A divulgação pela 5G Américas<sup>2</sup> do relatório produzido pela Rysavy Research denominado “5G Global: Ascensão de uma tecnologia transformacional”, explicita a crescente relevância da 5G e seu impacto em nossas vidas. O estudo aborda a importância das comunicações sem fio, o impacto da 5G e sua evolução durante a próxima década, como a IoT convencional e industrial, as comunicações celulares, entre outras. O relatório destaca as principais áreas e serviços que serão alcançados pela nova tecnologia:

- Rede fixa sem fio: o FWA 5G (*Fixed Wireless Access*), ou Acesso Fixo Sem Fio, irá substituir a banda larga residencial e comercial, eliminando a necessidade de uma infraestrutura fixa de fibra ótica.
- Jogos em nuvem: os servidores edge e a latência (tempo de resposta) reduzida das redes 5G irão permitir que jogos em nuvem se tornem mais práticos e acessíveis, inclusive em dispositivos móveis.
- Monitoração do consumo de energia elétrica. A tecnologia permitirá detectar, monitorar e ajustar o uso e consumo elétrico remotamente.

- Realidade estendida: será possível criar mundos em 3D, porém mapeando os conceitos da internet com interações “quase” reais.
- Internet aeroespacial: a tecnologia também será vital para a internet aeroespacial, pois em locais onde as redes não penetram, de fato, por dificuldades terrestres, o 5G também poderá ser um grande impulsor.
- Veículos aéreos autônomos: a latência baixa do 5G irá permitir a chegada de veículos aéreos autônomos.
- Medicina remota: o 5G irá permitir a utilização de novos dispositivos para atender a saúde para compartilhar e controlar informações precisas.
- A tecnologia 5G, em conjunto com a robótica, impulsionará a medicina remota, robôs industriais, drones e os veículos aéreos autônomos (*Unmanned Aerial Vehicles – UAVs*).

A tecnologia do 5G, em síntese, irá permitir a aceleração da velocidade, conectividade e a internet das coisas; jogos em nuvem; impulsionar o desenvolvimento da indústria, como agilização da logística, realidade aumentada e controle de robots; cuidados de saúde à distância, como monitorização de doentes e cirurgias remotas; melhorias na prestação de serviços públicos; do setor automóvel, como carros conectados, carros autônomos; da agricultura de precisão; cidades inteligentes; e do setor da energia, entre outras.

Diante desse cenário descrito, no qual se vislumbra que a tecnologia 5G irá repercutir de forma intensa no desenvolvimento de serviços associados à Internet das Coisas (*Internet of Things – IoT*), Inteligência Artificial (IA)<sup>3</sup>, realidade virtual e realidade aumentada, pode-se prever que nos próximos anos o impacto da tecnologia 5G na vida das pessoas, na gestão pública e no mundo dos negócios será bastante significativa, ou seja, transformações profundas e benéficas irão ocorrer em diversos segmentos e atividades: econômicas, sociais, educacionais, lazer, culturais e ambientais, em especial, em avanços sensíveis na automação robótica. 

## NOTAS

- 1 MATIAS-PEREIRA, J. Os impactos dos algoritmos e da inteligência artificial nos nossos destinos. Vídeo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=EQeekMizVa8>
- 2 5G AMÉRICAS. Global 5G: Rise of a transformational technology. Global 5G, Rysavy Research/5G Americas, September 2020. Disponível em: <https://www.5gamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/Global-5G-Rise-of-a-transformational-technology.pdf>
- 3 MATIAS-PEREIRA, J. Impactos da Utilização dos Algoritmos e da Inteligência Artificial (IA) na Administração Pública. Pesquisa em andamento. Aveiro, Portugal: PPGCont. UnB, 2018-2023.



**JOSÉ MATIAS-PEREIRA** é Doutor em ciência política pela Universidade Complutense de Madrid (UCM-Espanha), e pós-doutor em administração pela Universidade de São Paulo (FEA/USP). É professor e pesquisador de Administração Pública da Universidade de Brasília, Brasil.

# Discurso político e populismo penal: uma análise crítica da utilização populista do Direito Penal

■ POR GERSON FAUSTINO ROSA



“Por óbvio que a discussão político-criminal é de suma importância. Todavia, não é suficiente que se implementem medidas, emergenciais ou não, através da ingerência penal estatal, deixando para trás o imprescindível desvelo que se deve ter com as instâncias materiais. Ora, a formação substancial do humano advém da família, da escola, da igreja, da prática esportiva etc. Não do cárcere.”

**P**rincipal discípulo de Sócrates, Platão, que descende de família aristocrata de atenienses, nasceu na Ilha de Egina, em 428 a.C., e faleceu possivelmente, em 348 a.C., aos 80 anos de idade. Platão conheceu seu mestre aos 20 anos de idade, tornando-se seu aluno mais assíduo. Esse contato, entretanto, durou cerca de uma década, quando em 399 a.C., Sócrates faleceu depois de ter sido condenado – por ateísmo e corrupção do caráter dos jovens atenienses<sup>1</sup> – pelo Conselho de Justiça de Atenas, e ingerido um cálice de cicuta<sup>2</sup>.

O verdadeiro nome de Platão era Aristócles, e segundo seus historiadores, o apelido é em decorrência de seu vigor físico e da largueza de seus ombros (*platos* – largueza, largo). Em 384 a.C, Platão fundou sua própria escola, denominada Academia, situada nos jardins do subúrbio de Atenas, onde formou seu maior discípulo, Aristóteles<sup>3</sup>.

Platão influenciou sobremaneira na racionalidade do pensamento ocidental<sup>4</sup>, ao postular que o conhecimento filosófico decorre da relação entre as sensações (corpo) e o pensamento (alma). Para ele, as sensações representariam o conhecimento obtido empiricamente, através dos sentidos corporais<sup>5</sup>. O pensamento, por sua vez, refere-se ao conhecimento científico, obtido a partir da alma, grande responsável por aproximar o indivíduo das formas inteligíveis e também, afastá-lo, o máximo possível, das paixões, pois o corpo é um obstáculo para a aquisição do saber. Verifica-se que Platão, com essa ontologia, prepara o caminho para uma moral, de modo que, para ele, semelhante tomada de conhecimento não consiste simplesmente num processo teórico, mas resulta de uma transformação profunda da alma. Daí que o afastamento do corpo não é apenas um ato de abstração intelectual, mas sobretudo, uma reforma prática e existencial. Por isso dizer que “o corpo nos sujeita a paixões, desejos e temores de toda a natureza, nos torna cobiçosos de riqueza, nos lança em guerras, nos escraviza”. Logo, se a alma é imortal e destinada a uma vida futura, é preciso viver já, e na medida do possível, pela virtude, longe dos prazeres corporais, com temperança e justiça<sup>6</sup>. O que só é possível a partir da obtenção do conhecimento científico (filosófico), pois a realidade das formas e a afinidade que com elas temos, em virtude de sermos alma, prescreve-nos esse modo de vida como único capaz de proporcionar a plenitude de nosso ser e, portanto, a autêntica felicidade.

Na mesma linha de seu mestre, Platão defendeu arduamente que o conhecimento levaria à virtude e, por consequência, ao caminho do bem e da felicidade. E somente a virtude poderia nortear a ação da alma, evitando-se os vícios ligados ao corpo, de modo que “pela educação do corpo e do espírito o homem conseguiria superar os problemas da vida, inclusive os de ordem moral”<sup>7</sup>. Nesse passo, Platão é tido também, como um dos fundadores da Filosofia Política, pois é sua obra que traceja as primeiras investigações do agir humano em comunidade. Nos diálogos de *A República*, encontramos “as cartas de um jogo que não conseguimos parar de jogar”<sup>8</sup>.

Diante de tamanha inquietação, propõe-se uma reflexão acerca das insinuações cravadas pelo filósofo em face realidade político-social factual de uma

convivência humana fortemente influenciada pela desinformação, uma época em que a arte da mentira abala as próprias fundações da democracia e do mundo como o conhecemos. Como podemos defender a verdade em uma época de mentiras, e dos chamados fatos alternativos?<sup>9</sup>

Eis que num cenário incrementado por tantas inverdades e incertezas, o populismo (sobretudo o penal) ocupa o espaço da dúvida ofertando uma suposta e falsa sensação de segurança, através da apresentação (política) de soluções comezinhas e equivocadas, valendo-se sobremaneira dos sentimentos e paixões do homem, bem como das tormentas e inquietações hodiernas. Empregar-se-á, para tanto, os métodos lógico-dedutivo e indutivo-argumentativo, através de análises fundamentais e qualitativas, tendo como recursos bibliografia nacional, estrangeira e periódicos.

### **CONHECENDO O PENSAMENTO PLATÔNICO A PARTIR DA OBRA *A REPÚBLICA*: REFLEXÕES SOBRE O BOM GOVERNO**

A República é um compilado de diálogos da maturidade de Platão, dos quais são personagens Sócrates, Glauco, Polemarco, Trasímaco, Adimanto e Céfalo. Em tais diálogos, o autor, afastando-se de sua fase socrática, de juventude, porém, bastante influenciado pelos ensinamentos obtidos de seu grande mestre, apresenta diálogos sobre a administração e o funcionamento das cidades, o papel que devem desempenhar os cidadãos (governantes, guardiões e artesãos), além de discorrer sobre uma série de importantes conceitos, como o de justiça, virtude, educação, entre outros<sup>10</sup>.

Saliente-se que, para melhor entender a obra, deve-se considerar o estado de coisas vigentes em que os diálogos se desenvolveram, bem como os fatores que motivaram o filósofo a exteriorizar as aspirações de reformas que pretendia para Atenas. Nesta senda, referindo-se às suas aspirações juvenis de uma vida política, natural a um bem nascido ateniense, Platão descreve os acontecimentos que, gradativamente, foram afastando-o de qualquer pretensão nesse sentido.

Numa Atenas recém-derrotada pelos espartanos, o poder esfacelado dá margem à chamada “tirania dos Trinta”<sup>11</sup>, cujo procedimento e cujas consequências, a corrupção dos costumes, provocam no jovem repulsa em Platão. Mas o momento mais crítico é o da condenação de Sócrates, seu mestre, “o mais justo de então”, fato que denota cabalmente a impossibilidade de recuperação de uma cidade perdida<sup>12</sup>. Daí a manifestação do jovem filósofo:

“Finalmente pensei sobre todas as cidades atuais, que são mal administradas, pois suas leis são praticamente incuráveis, sem uma notável preparação com sorte, e fui forçado a afirmar, louvando a correta filosofia, que a partir dela é possível ver o que é justo na cidade e no particular. Não terminarão os males para a raça humana, portanto, antes que a raça dos que filosofam correta e verdadeiramente chegue ao poder, ou que a raça dos que nas cidades detêm o domínio, por um destino divino, realmente filosofe”<sup>13</sup>.

Na Grécia antiga, sobretudo em Atenas, os sofistas ensinavam aos jovens de famílias abastadas sobre como desenvolver aquilo que seria tomado como instrumento indispensável para a atuação política: o bom uso da palavra nas assembleias e tribunais, instituições eminentemente democráticas. Assim, o sofista conquista a sua importância porque domina um certo saber, a *retórica*, e ensina os meios eficazes para a produção da fala persuasiva, para empregar a palavra (*lógos*). Daí que, a influência de Sócrates, aliada a uma preocupação primordial com a política, colaborou para a tomada de consciência da necessidade da elaboração de uma filosofia “correta e verdadeira”, contrária aos sofistas.

Assim, o platonismo surge como crítica a esse “falso conhecimento” dos sofistas. De certo modo, Sócrates representou para Platão essa nova “visão de mundo”, seja pelas rigorosas exigências implícitas em suas indagações, seja em virtude de sua conduta na cidade, de irrepreensível coerência com seu ensino, o que lhe custou a acusação no tribunal e sua condenação e morte<sup>14</sup>.

A defesa platônica de uma nova visão das coisas, em face da tradicional retórica e da robustecida sofística, é sobretudo, uma defesa de Sócrates. A constante interrogação socrática, associada ao seu modo de vida impede que se confunda o ensino da “verdadeira filosofia” com o ensino da arte de persuasão tão frequente em Atenas. “A República” constitui um esforço para evitar essa confusão, retomando o desenvolvimento das principais características desse socratismo. Dito de outro modo, a obra de Platão surge, com o intuito de, sob a influência de Sócrates, elaborar uma filosofia política correta e verdadeira<sup>15</sup>.

A cidade só poderia ser tida como justa se fosse a verdadeira expressão da realidade. E somente o conhecimento dessa realidade poderia proporcionar a compreensão de como a cidade deve ser. E o governo só poderia caber a quem detivesse esse conhecimento. Assim, a boa legislação serviria para preservar a cidade, sua utilidade e identidade, ou seja, o interesse público.

Com isso, Platão “requalifica” a filosofia, atribuindo a ela “novo (e verdadeiro) sentido”, que desqualifica pretensos saberes que deverão ser considerados tentativas de usurpação ilegítima de um título que pertence apenas a essa autêntica e inédita filosofia. Essa é a tese nuclear do diálogo de Platão. A república platônica, no entanto, é muito criticada e tida como utópica, inalcançável.

Nesse passo, buscando diferenciar o que seria a justiça e a injustiça, Sócrates e seus interlocutores, no Livro II, começam a imaginar o que viria a ser a “cidade ideal”:

“Então, Gláucon e os outros começaram a pedir que, usando todos os recursos, eu a socorresse e não desistisse da discussão, mas, ao contrário, examinasse a fundo o que são a justiça e injustiça e qual é a verdade sobre a utilidade de ambas. Expus, então, meu parecer:

A pesquisa que empreendemos não é de pouca monta, mas, pelo que se mostra, é tarefa para alguém de olhos perspicazes. Então, disse eu, já que não somos hábeis, parece-me bom fazer, sobre essa questão, uma pesquisa como esta. Alguém manda que pessoas que, de maneira alguma, enxergam

bem leiam letras bem pequenas, vendo-as de longe... Depois alguém percebe que é possível ler as mesmas letras também em outro lugar. Mas em tamanho maior e com maior espaçamento. Para tais pessoas, creio, será como um achado, primeiro lê-las em tamanho maior e, depois, examinar se as menores coincidem com elas.

– Muito bem disse Adimanto. Mas, Sócrates, e o que vês de semelhantes a isso na pesquisa sobre a justiça?

– Eu já te digo... disse. A justiça, afirmamos nós, é própria de um indivíduo... É também própria da cidade toda?

– Sem dúvida, disse ele.

– E a cidade é maior que o indivíduo?

– Maior, disse.

– Ora, num espaço maior, talvez haja mais justiça e seja mais fácil entendê-la. Se quiserdes, portanto, primeiro examinemos como ela é nas cidades; depois a examinemos no indivíduo, procurando na forma da menor a semelhança com a maior.

– Penso que está bem como dizes, disse.

– Então, disse eu, será que, se imaginássemos ver o nascer de uma cidade, também veríamos o nascer de sua justiça e também o de sua injustiça?

– Talvez, disse ele.

– Depois disso, poderíamos ter esperança de ver com maior facilidade o que buscamos?

– Muito mais.

– Parece-te, então, que devemos tentar levar a termo nossa pesquisa? É que isso não nos dará pouco trabalho... Atentai bem, portanto!

– Para nós já está decidido, disse Adimanto. Não desistas!<sup>16</sup>

Verifica-se que, considerando que a cidade é maior que o indivíduo, e composta por este, Platão sugere que se busque o “justo” e o “injusto” na cidade, para só então, encontrá-los em cada um. Ideia fundamental no pensamento de Platão, a passagem da investigação da justiça no indivíduo para a investigação da justiça na cidade, estabelecendo um “elo” indissolúvel entre a conduta individual e a ação na cidade, entre uma política e uma ética. Disso, podemos concluir que a diferença entre a cidade e cada um de seus cidadãos é de tamanho, pois a cidade é o que são seus cidadãos, e estes são o que a cidade é. A cidade é a “grande alma” dos cidadãos.

Um pouco antes, ainda no Livro I, quando Sócrates debatia com Trasímaco acerca da justiça e da injustiça, o famoso sofista afirma que “a justiça é o interesse ou a conveniência do mais forte”<sup>17</sup>. E Sócrates refuta a definição de seu oponente, que na narrativa platônica, fica desprestigiado. Não só por ser um sofista, mas também por ter pedido dinheiro para dar seu parecer (337d) e por ter externado certo desequilíbrio emocional ao longo do debate (338d)<sup>18</sup>. Ainda debatendo com Trasímaco, e buscando delimitar o que seria “justo”, Sócrates relaciona a justiça à sabedoria, e a injustiça, à ignorância (350c)<sup>19</sup>, justiça à felicidade, e injustiça à infelicidade (354a)<sup>20</sup>.

Não chegam a uma definição de “justiça” e nem de “injustiça”. Contudo, sob uma perspectiva geral da obra, nota-se a preparação feita para uma concepção política e moral de justiça, que visa desqualificar a definição sofista, que para Platão, está intimamente relacionada ao estado de decadência da cidade<sup>21</sup>.

No Livro II, idealiza-se a cidade a partir das necessidades básicas, tais como: alimentação, habitação, vestuário etc. Daí pensa-se no surgimento das profissões responsáveis por suprir tais necessidades. Com a multiplicação dessas atividades, nasce o comércio, inclusive externo, responsável suprir as demandas existentes (371a)<sup>22</sup>.

Fala-se então, na “capacidade natural” que os indivíduos têm para exercer determinadas atividades. Teríamos então, três classes de profissionais: o governante, os guardiões e os artesãos, conforme as atividades para que são naturalmente dotados. Os agricultores, servidores e trabalhadores em geral, são classificados como artesãos. Já os guardiões, deverão ter perspicácia, força e coragem. Dos guardiões mais bem dotados, sairá o governante, que se devidamente educado, fará o bem para o povo e para a cidade (412c-414c)<sup>23</sup>.

Nota-se aqui, a importância dada por Platão quando fala da “verdadeira educação” (filosófica) que será dada ao governante, pois para o autor, é ela a chave para a viabilização da cidade ideal. E essa educação deve proporcionar cuidados para o corpo e para a alma, composta de ginástica, música e arte das musas<sup>24</sup>. Platão sempre destacou a importância dos cuidados do corpo e da alma.

Na República, as mulheres devem ter as mesmas funções na cidade que os homens, necessitando, portanto, receber a mesma educação (451d)<sup>25</sup>.

Para Sócrates, aí está a justiça. Quando cada indivíduo cumpre a sua função, quando todos permanecem ocupando seu lugar na cidade. Essa tripartição da cidade permitirá a Sócrates voltar ao indivíduo e nele localizar a justiça. Para ele, “justiça é cada um possuir o que é seu e realizar o que lhe cabe (434a)”<sup>26</sup>.

Mais adiante, o diálogo retoma a tese central da obra – justiça, governo e indivíduo - com a afirmação de Sócrates à Gláucon de que o governante deve ser educado. E deve ser filósofo. O filósofo deve governar, para que a cidade possa, na medida do possível, ser realizada.

Se os filósofos não forem reis nas cidades ou se os que hoje são chamados reis e soberanos não forem filósofos genuínos e capazes e se, numa mesma pessoa, não coincidirem poder político e filosofia e não for barrada agora, a caminhada das diversas naturezas que, em separado, buscam uma dessas duas metas, não é possível, caro Gláucon, que haja para as cidades uma trégua de males e, penso, nem para o gênero humano. Nem, antes disso, na medida do que é possível, jamais nascerá e verá a luz do sol essa constituição de que falamos. (...) (473e)

Parece-me forçoso, se de alguma forma queremos escapar dessas pessoas de quem falas, que lhes definamos quem são os que chamamos de filósofos e de quem ousamos dizer que devem governar, para que se possa, estando evidentes os seus traços, fazer a defesa, mostrando que a uns, por natureza, cabe

ocupar-se com a filosofia e ter o comando na cidade e a outros, abster-se dela e obedecer ao que tem o comando (474c)<sup>27</sup>.

Dessa forma, Sócrates conclui que a justiça da cidade está na obediência e na inclinação natural de cada um e, assim, o governo do filósofo tem a chance da natureza. Daí falar que há uma “natureza filosófica” que é “inata”, uma espécie de “mentalidade”, um “caráter” que deve ser definido para se evitar os sofistas. Ou seja, há um perfil filosófico, ideal e real, que deve ser traçado, em oposição ao filósofo apenas em aparência.

O verdadeiro filósofo, educado inicialmente como guardião, ama a verdade e a sabedoria<sup>28</sup>, tem boa memória e facilidade de aprender; é magnânimo, amável, tem afinidade com a verdade, justiça, coragem e temperança. É moderado e cultiva os prazeres da alma<sup>29</sup>. Mas sua natureza benéfica, diz Sócrates, quando recebe a educação errada, pode tornar-se perversa, e é isso que acontece nas cidades, que não o conhecem realmente e o deixam a mercê dos sofistas<sup>30</sup>. Se o filósofo é mal visto nas cidades, não é por sua culpa: a cidade não sabe aproveitá-lo. Não é de estranhar, conclui Sócrates, que os bem-dotados para a filosofia, diante da insensatez da multidão e dos governantes, mantenham-se à margem da vida política, parecendo então inúteis<sup>31</sup>. E continua Sócrates:

Cada um dos indivíduos mercenários a quem o povo chama de sofistas e considera como rivais seus não tem outro objetivo de ensinamento senão essas opiniões que o vulgo expressa nas assembleias e a isso chamam sabedoria. É como se alguém, ao cuidar de um animal grande e robusto, procurasse conhecer-lhe as reações e os desejos, por onde deve aproximar-se dele e tocá-lo, quando e por que ele se torna mais agressivo e mais dócil, qual a razão do tom que dá a cada um dos seus urros, e a que tom de voz se amansa ou enfurece; e, depois de aprender tudo isso, com a convivência e gasto de tempo, a isso desse o nome de sabedoria e, como se tivesse constituído uma arte, se dedicasse a ensiná-la, na verdade nada sabendo o que, entre essas opiniões e desejos, é o belo ou feio, bom ou mal, justo ou injusto, mas a tudo isso, com base nas opiniões do grande animal, chamasse de boas as coisas que o agradam, de más aquelas que o irritam e, a respeito disso, não desse nenhuma justificção, mas apenas chamasse de justo e belo o que é inevitável, sem ver quanto realmente a natureza do inevitável difere da natureza do bom e também sem ser capaz de mostrar isso a outrem. Por Zeus, tal educador não te pareceria um disparate?<sup>32</sup>

Por outro lado, o melhor governante seria aquele que, conhecendo o real, justamente por isso não tem vontade de governar; é aquele que não é movido pelas benesses que tanto atraem os homens à vida política, porque aprendeu a desdenhar dos bens materiais e saberá, como legislador, impedir que a riqueza se insinue na cidade e comprometa sua unidade<sup>33</sup>. Somente ele pode legislar e administrar bem, porque desprovido do desejo pessoal desse poder e de tudo o que, nas cidades corrompidas, dele decorre<sup>34</sup>.

## O POPULISMO SOFISTA E A INDEVIDA UTILIZAÇÃO POLÍTICA DO DIREITO PENAL

Ante as premissas estabelecidas na obra de Platão, e demonstradas alhures através da transcrição dos diálogos socráticos, calha estabelecer a seguir, como ocorre a atual utilização de discursos falaciosos e a conseqüente apresentação de promessas de falsas soluções para os anseios da humanidade, sobretudo no que tange à seara penal.

Eis que a utilização política do Direito Penal versada no presente ensaio refere-se ao modo pelo qual profusos candidatos e eleitos apresentam soluções simples e práticas para a nação, muitas vezes até como plano fulcral de um projeto de governo. Nesse contexto, a bravata de recrudescimento político-criminal soa como uma doce melodia à vida auscultação das moscas da praça pública<sup>35</sup>. O aludido comportamento tem invocado o entusiasmo de diversos pensadores, que o classificam de múltiplas maneiras. Fala-se em populismo<sup>36</sup>, em fascismo, em populismo seletivo<sup>37</sup>, ou ainda, em despotismo<sup>38</sup>.

Independentemente das variadas formas de denominação empregada, certo é que a retórica sofista e autoritária agrada as multidões e, apesar de cada vez mais dissimulada e sofisticada do que a que se apresentou no século passado, pode ser detectada em razão de alguns laivos de pariformidade<sup>39</sup>.

Por assim dizer, a marca inicial do populismo, é que não se pretende ceifar a democracia para implementar a ditadura, mas objetiva-se, isso sim, estatuir um conteúdo autoritário no seio da democracia formal, o que não só contraria a ideia de uma Constituição do povo e para o povo, como também afronta a tripartição de poderes e recalitra o ideal pluralista de sociedade.

E não é só. Cumpre advertir que o populismo não é uma ideologia, no sentido de ter um conteúdo político específico<sup>40</sup>, razão pela qual não pode ser precisamente tido como sendo necessariamente de direita – como no caso do fascismo –, ou de esquerda. Pode ser de direita, esquerda, centro etc<sup>41</sup>.

Ademais disso, Finchelstein ainda indica que o populismo normalmente centra-se em um líder messiânico e carismático, tido pela maioria como a personificação do povo<sup>42</sup>. E é justamente neste processo que ocorre a homogeneização do povo como uma única entidade, bem como a configuração dos antagonistas políticos como inimigos, os antipovo, os antipátria, os traidores da nação. Por isso afirmar que o populismo é contrário ao pluralismo e à tolerância, e conseqüentemente, avesso à democracia e à política<sup>43</sup>.

Calha lembrar, outrossim, de relevantes vicissitudes na esfera comunicacional, posto que, com o advento da internet exsurgiram-se bolhas informacionais, com desproporcional excrescência de digitais *influencers* atuando através das redes sociais e da forte ascensão da troca de informações em grupos de WhatsApp. Isso porque, é mais palatável um discurso simplista e falso do que as complexidades oriundas de explicações científicas acerca da realidade. Nesta senda, é corriqueiro o embaraço na percepção – dentro do público debate – sobre o que se exterioriza como manifestação legítima da liberdade de expressão e o vem a ser puro negacionismo, engendrando-se

um ambiente propício para a desinformação e a fluidificação dos parâmetros de verdade. “Cria-se um ambiente de desorientação, para além da desinformação”<sup>44</sup>. De pós-verdade<sup>45</sup>. A novidade reside, não na desinformação propagada pela classe política – essa, como se pretende expor aqui, já fora denunciada por Platão há séculos<sup>46</sup> –, mas na resposta comportamental do público. Por aí dizer que se vive na era da pós-verdade: uma época em que a arte da mentira abala as próprias fundações da democracia e do mundo como o conhecemos<sup>47</sup>.

Neste cenário de incremento das incertezas, o populismo preenche o vácuo gerado com a oferta de uma segurança fictícia, através de resoluções simplistas e comezinhos, e no mais das vezes, equivocadas. Atua, pois, no âmago das paixões e dos sentimentos humanos, explorando aleivosamente as inquietações e as tormentas do mundo moderno.

Dito isso, importa enfatizar que o populismo não perturba só o campo político, de modo que se desenvolve exponencialmente na seara político-criminal e, por consequência, ganha corpo na criação e na alteração de leis penais, propugnando pelo recrudescimento das respostas punitivas com vistas satisfazer o anseio social de segurança e de garantia da ordem pública. Eis que a legislação penal passa a ser empregada como uma ferramenta particularmente apta para a concretização do populismo. “Se o objetivo é construir uma artificial homogeneidade social, com a ideia do *nós contra eles*, nada melhor do que usar o Direito Penal para castigar os inimigos, os párias, os antipovo”<sup>48</sup>. E a sociedade é virtualmente vingada. A ordem, restabelecida. A clama e o esquecimento assumem o lugar da inquietude, da irritação e do desejo de vingança causados nos cidadãos honestos quando do cometimento do crime. A repressão é, portanto, virtualmente perfeita com o pronunciamento da pena. Depois da condenação, o silêncio sucede ao rumor dos salões judiciais e o esquecimento à atenção geral. A população se desinteressa pela sorte dos condenados<sup>49</sup>. “A prisão é uma tumba onde se enterram os vivos, e nenhum epítáfio recorda aos passantes o nome daqueles que estão por detrás das grandes muralhas de pedra”<sup>50</sup>.

Cumprido advertir que assim sendo, a ciência do Direito Penal perde a sua pretensão de racionalidade e efetividade, transfigurando-se em puro terror, vingança e brutalidade. Os contrários no campo da política são transformados em inimigos, e são tratados pela via penal – não há mais arena de discussão, não há tolerância; há combate, há luta, há guerra. Ao tentar mobilizar sentimentos humanos, o populismo busca despertar a vingança e o ódio, fazendo as pessoas desejarem mais polícia, mais prisões, mais penas e até mesmo mais armas em suas mãos. E uma vez mais esse discurso é apresentado como hegemônico. A partir dessa perspectiva, as leis penais elaboradas sofrem cada vez mais essa influência, ampliando-se gradativamente o rigor das respostas oferecidas pela seara penal. Tudo é válido para combater o inimigo, o outro. Entretanto, é de bom alvitre destacar que todas essas alterações se fundam na busca por votos, não em evidências e efetividade. Predomina, então, o engano. Finge-se que o recrudescimento penal resolverá todos os problemas,

mas obviamente não resolve. É uma premissa tautológica. Há, então, nova decepção dos destinatários do discurso, que passam a desacreditar ainda mais a política e a democracia<sup>51</sup>.

“O populismo no Direito Penal aprofunda, portanto, as causas de surgimento do próprio populismo na política, criando um círculo vicioso. Se na Europa tais ferramentas penais recrudescidas e inefetivas se voltam, sobretudo, contra o imigrante, eleito o inimigo pelo populismo, no Brasil o Direito Penal aprofunda sua aplicação socialmente desigual e racista. O populismo penal torna-se ferramenta do processo contínuo de dominação de grupos minoritários. Além disso, volta-se aos crimes de colarinho-branco apenas para, qualitativamente, enfraquecer as garantias penais. As consequências serão suportadas, no entanto, sobretudo pela clientela de sempre do sistema penal. Ademais, a concepção de que quem pratica crime é inimigo leva ao descaso pela situação carcerária, se é que é possível piorar algo que já alcançara o absoluto desrespeito à dignidade da pessoa. As prisões são o inferno, pois para lá não vão cidadãos, vão apenas os párias, os antipovo”<sup>52</sup>.

Nota-se que o populismo é um fenômeno social fortemente presente, disseminado e recorrente na contemporaneidade, exteriorizando-se de modo particularmente grave no âmbito do Direito Penal. É extremamente importância que a sociedade o compreenda e seja capaz de identificá-lo, a fim de que promessas vazias, bravatas de campanha, discursos sofistas e outras tantas mais soluções que se nos apresentam ano após ano, especialmente no período eleitoral, não permitam que seus autores ou propagadores prosperem e ascendam aos cargos de governo.

Ora, como se admitir discursos vagos e imprecisos, pretendentes a atentar contra a dignidade humana em um Estado democrático de Direito? Vale lembrar que, historicamente, foi “a partir do cristianismo que teve lugar o conceito de pessoa como categoria espiritual, dotada de valor em si mesma, um ser de fins absolutos e possuídos de direitos fundamentais e, portanto, de dignidade”<sup>53</sup>. Difunde-se, a partir do desenvolvimento da teologia cristã, a convicção segundo a qual o homem era o único ser vivo sobre a terra feito à imagem e semelhança de Deus: cada alma humana é obra mestra de Deus. E a expressão *pessoa* é definida por Boécio, no século V, como sendo “uma substância individual de natureza racional”, definição essa, reelaborada no século XIII por Santo Tomás de Aquino em sua *Suma Teológica* (I, q. 29, art. 1)<sup>54</sup>, constituindo a matriz teológica cristã da ideia de dignidade da pessoa humana. Pessoa esta que deve ocupar uma posição absoluta, central, concreta e operativa<sup>55</sup>.

No século XVII, como ideário do Direito natural racional, em especial na obra de Samuel von Pufendorf, aflora a noção de *humanitas* como princípio jurídico, dispondo que a natureza exige que o homem seja sempre considerado como semelhante, ainda que nada de bom se possa esperar dele, sendo essa a razão suficiente para que o gênero humano construa uma comunidade pacífica<sup>56</sup>.

Recorde-se, outrossim, das célebres palavras de Cesare Beccaria (século XVIII), para quem “não existe liberdade onde as leis permitem que, em determinadas circunstâncias, o homem deixe de ser pessoa e se converta em coisa”<sup>57</sup>.

Nesse passo, em um modelo de Estado cujo centro ético, político e jurídico é a pessoa, são expressamente vedadas a criação, a execução ou qualquer outra medida, a título de resposta penal, que atente contra a dignidade humana. E é justamente na dignidade humana que reside o fundamento material do princípio da humanidade enquanto limite da atividade punitiva estatal<sup>58</sup>.

## CONCLUSÃO

Os homens submetem-se à justiça porque não têm alternativa, pois temem punições. Eles se consideram naturalmente injustos, mas, constrangidos pela possibilidade de serem vítimas da injustiça alheia, preferem estabelecer por lei, por uma convenção, que ninguém deve ser injusto<sup>59</sup>. Ora, com a nova cidade, a tensão entre o pretense caráter natural da injustiça, como um bem, e o suposto caráter convencional da lei, que reprime esse bem, se dissolve, pois perde o seu sentido: agora, a lei estabelecida pelo filósofo, reflete a natureza mesma das coisas. A lei não é simples convenção: é a tradução terrena, sempre incompleta, da estrutura mesma do real. Por isso, nessa cidade, não mais se encontra uma distinção que de fato fundamentava o sentido tradicional da prática política, aquela entre “ser” e “parecer”, que Gláucon, em sua retomada de Trasímaco, desenvolvia, concluindo que, se a injustiça é natural em nós, mas a lei inevitável nos oprime, devemos ser injustos sem que disso se apercebam os outros, devemos parecer justos, sem realmente sê-lo, eis o ápice da injustiça<sup>60</sup>.

A República platônica, de certa maneira, suprime essa diferença, ou a torna inoperante, ao estabelecer uma subordinação do “aparecer” ao “ser”, invertendo a prática corrente. Pois a política, entendida como uma disputa pelo poder, como um embate de forças antagônicas em busca desse mesmo fim, constituiu desde sempre, assim parece pensar Platão, em persuadir de que o que parece é – em mobilizar os recursos da arte da retórica e pôr em xeque a fixidez dos valores, para dar aos desejos, convicções e interesses próprios o estatuto de verdade, assim conquistando na cidade reputação superior, mas conduzindo a cidade à ruína.

Conclui-se, portanto, que a cidade de Platão não tem o que habitualmente se chama de política – não se oferece a possibilidade de uma discussão sobre o que é melhor para a cidade, porque o que é melhor para a cidade já está inscrito nas leis que o filósofo conhece e prescreve.

Não devemos ler “A República” como uma receita a ser aplicada, nem mesmo como uma proposta política que devêssemos avaliar, tal como fazemos com as doutrinas contemporâneas. Se este excepcional diálogo ainda deve ser lido, e para que se conheça as origens do pensamento ocidental e, sobretudo, como uma análise crítica da democracia e de suas peculiaridades, que também a nós, às vezes, se apresenta de forma incômoda.

Além disso – estabelecendo-se uma aproximação conclusiva com o populismo penal tracejado adrede –, salienta-se que o direito de punir do Estado democrático de Direito não é, e nem poderia ser, uma faculdade estatal desenfreada e arbitrária. Ao contrário, tanto a própria estrutura do modelo jurídico optado pelo Poder Constituinte – leia-se: Estado democrático (e social) de Direito –, como o fundamento funcional do Direito Penal – leia-se: a indispensável e amarga necessidade de pena para a tutela de bens jurídicos mediante a proteção dos valores ético-sociais mais elementares – contêm limitações expressas ou implícitas (art. 5º, § 2º, CF).

Assim como os demais ramos do Direito (e as ciências em geral), o Direito Penal fundamenta-se em determinados princípios – essenciais e diretores – derivados dos valores ético-culturais e jurídicos vigentes em uma determinada comunidade social e numa certa época, os quais foram se impondo num processo histórico-político contínuo como sendo basilares à sociedade democrática<sup>61</sup>.

Nesse contexto, as Constituições promulgadas nos últimos decênios, sob um modelo de Estado incorporados dos valores liberais (*Rechtsstaats*) e sociais (*Sozialstaats*), as normas concernentes ao Direito Penal se traduzem em postulados que, de um lado, em defesa das garantias individuais, condicionais restritivamente a intervenção penal do Estado; e de outro, preceituam um alargamento da atuação do Direito Penal, ampliando a área de bens objeto de sua proteção, mesmo diante do vigor libertário daquelas. Dito de outra forma, apesar de as Constituições contemporâneas fixarem os limites do *ius puniendi* estatal, resguardando as prerrogativas individuais, elas também inserem normas propulsoras do Direito Penal para novas matérias, tornando-o um instrumento de tutela de bens metaindividuais, cujo resguardo se mostra indispensável para a consecução dos fins sociais do Estado. Entretanto, apesar da possibilidade de utilização do Direito Penal para a tutela dos mais variados bens (individuais e transindividuais), essa salvaguarda deve ser a última *ratio*. E a promessa eleitoreira de recrudescimento da resposta penal estatal não pode se sobrepor ao debate político acerca da necessidade de prestação social de serviços essenciais como, por exemplo, a educação e a saúde<sup>62</sup>.

É frequente a constatação de ocasiões em que diversos problemas sociais são deixados de lado para priorizar-se uma suposta intervenção emergencial da persecução penal. Basta ver o noticiário, os telejornais, até mesmo os debates políticos de campanha. A sociedade adora ouvir “que bandido bom, é bandido morto”! Mas quem está disposto a entender e a remediar a causa do problema social? Antes, devemos debater acerca da desigualdade, da falta de educação, da necessidade de estruturar as famílias, de garantir moradia, emprego, da erradicação da pobreza, da marginalização e do preconceito. E esse papel não é penal!

Por óbvio que a discussão político-criminal é de suma importância. Todavia, não é suficiente que se implementem medidas, emergenciais ou não, através da ingerência penal estatal, deixando para trás o imprescindível

desvelo que se deve ter com as instâncias materiais. Ora, a formação substancial do humano advém da família, da escola, da igreja, da prática esportiva etc. Não do cárcere. 

## NOTAS

- 1 Sobre o julgamento de Sócrates, *vide* PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. Trad. Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.
- 2 CASTILHO, Ricardo. *Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 51.
- 3 Para um estudo mais aprofundado, *vide*: FRONTEROTTA, Francesco; BRISSOM, Luc (orgs.). *Platão: Leituras*. São Paulo: Loyola, 2011.
- 4 A formulação precisa desse conhecimento encontra-se no Crátilo, onde Platão numa tentativa de definir o conhecimento, assevera que a *gnôsis* “só pode ter por objeto algo que é ele próprio, que deve ser sempre tal como é, e não pode ser algo que nunca é do mesmo modo, deve ser sempre do mesmo modo e o mesmo; se assim não fosse, não poderia ser conhecido por ninguém, pois o conhecimento não conhece o que não é de nenhum modo. Não há conhecimento se tudo muda e nada permanece” (PLATÃO. *Diálogos VI – Crátilo, Cármites, Laques, Ion, Menexeno*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2013, 439c ss). Um dos motivos que levou Platão a delimitar o conhecimento, foi sua percepção durante os diálogos entre Sócrates e seus interlocutores (sofistas), que estes, ao não saber responder a indagação de seu mestre, apresentavam outra resposta. Daí que a falta de conhecimento daqueles que não compreendiam o sentido da pergunta.
- 5 ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014, 991<sup>a</sup>, p. 20-22. O maior discípulo de Platão, assíduo frequentador da Academia por duas décadas, relata e critica a afirmação platônica acerca da existência separada das formas: as *visíveis* que nunca mantêm identidade, que mudam a todo momento, coisas que se dão imediatamente a nós; e as *invisíveis*, idênticas entre si e de formas invariáveis. As primeiras, são sensíveis de múltiplos aspectos (corpo). As últimas, são divinas, inteligíveis, de aspecto único (alma).
- 6 PLATÃO. *Fedro*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2014, 66c e 114c-115b. Importa salientar que semelhante contraponto é feito cerca de quatro séculos depois, com a vinda de Jesus Cristo, quando se defende a sobreposição do “espírito” sobre a “carne” único meio de uma vida santa, com sabedoria. *Vide*: Gálatas 5.16 (“vivam pelo espírito, e de modo algum satisfarão os desejos da carne; Matheus 26.41 (“o espírito pode estar pronto, mas a carne é fraca”).
- 7 CASTILHO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 52.
- 8 PLATÃO. *A República: (ou sobre a justiça, diálogo político)*. Trad. Anna Lia Amaral de Almeida Prado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 13, introdução de Roberto Bolzani Filho.
- 9 D’ANCONA, Matthew. *Pós-Verdade: a nova guerra contra os fatos em tempos de fake news*. Barueri: Faro, 2018, p. 26-32.
- 10 CASTILHO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 51.
- 11 Tirania dos Trinta foi um governo oligárquico de Atenas composto por trinta magistrados chamados tiranos, que sucedeu à democracia ateniense ao final da Guerra do Peloponeso, durante menos de um ano, em 404 a. C. (Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Tirania\\_dos\\_Trinta](https://pt.wikipedia.org/wiki/Tirania_dos_Trinta). Acesso em set. 2017).
- 12 PLATÃO. *Op. cit.*, 324b-325e.
- 13 *Idem*. *Op. cit.*, 326a-b.

- 14 Sócrates era um parresiasta, coerente e irrepreensível em sua conduta, pregava o “cuidado de si” a fim de que o “indivíduo” evoluísse, tornasse-se “sujeito”, apto ao exercício cívico na *polis* (vide FOUCAULT, Michel. *A hermenêutica do sujeito*. Trad. Márcio Alves da Fonseca. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 13-15.
- 15 No *Protágoras*, Platão narra o episódio em que ao chegarem à porta da casa de Cálías – que hospedava Protágoras, além dos sofistas Hípias e Pródico –, Sócrates e o jovem Hipócrates ouvem do serviçal que os atende que seu senhor não tem mais tempo para mais sofistas (PLATÃO. *Protágoras*. São Paulo: Humanitas, 1999, 314c-d). Platão reconhece a aparente confusão que a cidade devia fazer entre Sócrates e os sofistas. Afinal, todos eles viviam a “ensinar” alguma coisa, e acabaram por receber denominações semelhantes, como por exemplo, “sábios”.
- 16 PLATÃO. *Op. cit.*, p. 61-62 (324b-325e).
- 17 PLATÃO. *Op. cit.*, p. 18-19 (338c).
- 18 *Ibidem*. p. 17-19.
- 19 *Ibidem*. p. 37.
- 20 *Ibidem*. p. 43.
- 21 Trasímaco era um sofista, como muitos, muito influente. Tais concepções superficiais, sofistas, eram frequentes à época. Daí a vontade de Platão em desqualificá-la.
- 22 PLATÃO. *Op. cit.*, p. 65.
- 23 PLATÃO. *Op. cit.*, p. 125.
- 24 As musas (em grego antigo: *Μοῦσα*, Mousa), na mitologia grega, eram entidades a quem era atribuída a capacidade de inspirar a criação artística ou científica. Eram as nove filhas de Mnemósine (“Memória”) e Zeus. O templo das musas era o *Museion*, termo que deu origem à palavra museu nas diversas línguas indo-europeias como local de cultivo e preservação das artes e ciências. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Musa>. Acesso em: set. 2017.
- 25 *Ibidem*. p. 178.
- 26 *Ibidem*. p. 155-156.
- 27 *Ibidem*. p. 212-213.
- 28 PLATÃO. *Op. cit.*, p. 214.
- 29 *Ibidem*. p. 229.
- 30 *Ibidem*. p. 236.
- 31 *Ibidem*. p. 237.
- 32 *Ibidem*. p. 238.
- 33 PLATÃO. *Op. cit.*, p. 138.
- 34 *Ibidem*. p. 274.
- 35 NIETZSCHE, Friedrich. *Assim Falava Zaratustra*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 53.
- 36 FINCHELSTEIN, Federico. *Do fascismo ao populismo na história*. Trad. Jaime Araújo. Campinas: Edições 70, 2020, p. 21 *et. seq.*
- 37 Umberto Eco refere-se ao *populismo seletivo*, pois, “em nosso futuro haverá o populismo de televisão ou de internet, no qual a resposta emocional de um seletivo grupo de cidadãos pode ser apresentada e aceita como a voz do povo”. E acerca do *fascismo eterno*, que “fala a novilíngua de Orwell, de modo que todos os livros didáticos do nazismo ou do fascismo faziam uso de um vocabulário pobre e de sintaxe elementar, a fim de limitar os instrumentos para um raciocínio complexo e crítico” (ECO, Umberto. *O fascismo eterno*. Trad. Eliana Aguiar. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019, p. 55 *et. seq.*).
- 38 BOBBIO, Norberto. *Contra os novos despotismos: escritos sobre o berlusconismo*. Trad. Érica Salatine. São Paulo: Unesp, 2016, p. 29 *et. seq.*

- 39 Neste sentido alerta Eco ao afirmar que a “liberdade de palavra significa libertar-se da retórica” (ECO, Umberto. *Op. cit.*, p. 62).
- 40 *Vide*: CHAUI, Marilena. O que é ideologia? (*In*) *O que é filosofia? Ideologia? Dialética?* São Paulo: Círculo do Livro, 1981, p. 75.
- 41 *Vide*: BOBBIO, Norberto. *Direita e Esquerda: razões e significados de uma distinção política*. 3. ed. São Paulo: Unesp, 2012.
- 42 FINCHELSTEIN, Federico. *Op. cit.*, p. 32.
- 43 LOBO DA COSTA, Helena Regina. O avanço do populismo também no Direito Penal. *Opinião*. São Paulo: Estadão, 2021. Disponível em: <https://opinio.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,o-avanco-do-populismo-tambem-no-direito-penal,70003568056>. Acesso em: 18 jan. 2021.
- 44 LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Op. cit.*, p. 01.
- 45 *Vide*: KEYES, Ralph. *Era da pós-verdade: Desonestidade e enganação na vida contemporânea*. Curitiba: Vozes, 2018.
- 46 *Vide*: PLATÃO. *A República: (ou sobre a justiça, diálogo político)*. Trad. Anna Lia Amaral de Almeida Prado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- 47 A pós-verdade é diferenciada de uma longa tradição de mentiras políticas, mostrando o poder das novas tecnologias e das mídias sociais de manipularem, polarizarem e enraizarem opiniões. Fala-se em pós-verdade, quando os apelos à emoção, a crenças e a ideologias têm mais influência em moldar a opinião pública que os fatos objetivos. Como podemos defender a verdade em uma época de mentiras, e dos chamados fatos alternativos? (D'ANCONA, Matthew. *Pós-Verdade: a nova guerra contra os fatos em tempos de fake news*. Barueri: Faro, 2018, p. 26-32).
- 48 LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Op. cit.*, p. 01.
- 49 ROSA, Gerson Faustino. Os limites da retribuição: uma análise crítica dos princípios penais constitucionais de sanção no Estado democrático de Direito. CARVALHO, Jeferson Moreira de. ROSA, Gerson Faustino. *Temas de concretização constitucional*. Leme: Edijur, p. 101-102.
- 50 BATTAGLINI, Giulio *et al.* *Progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporaneo*. Roma: Istituto di Studi Legislativi, 1930, p. 129. Tradução livre.
- 51 LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Op. cit.*, p. 01.
- 52 *Ibidem*.
- 53 PRADO, Luiz Regis. *Princípios da dignidade da pessoa e humanidade das penas na Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos>. Acesso em: 17 out. 2016, p. 3.
- 54 CATTANEO, Mario Alessandro. *Pena, diritto e dignità umana: saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1990, p. 278, *apud* PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte geral: volume 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 169.
- 55 PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 169.
- 56 WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del Derecho: derecho natural y justicia material*. Trad. Felipe González Vicén. Madrid: Aguilar, 1971, p. 143, *apud* PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte geral: volume 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 184.
- 57 BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e dele pene*, XXVII, p. 316, *apud* PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte geral: volume 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 170.
- 58 PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 183-185.
- 59 PLATÃO. *Op. cit.*, p. 50.
- 60 PLATÃO. *Op. cit.*, p. 51.
- 61 PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 160.
- 62 ROSA, Gerson Faustino. *Op. cit.*, p. 108 *et. seq.*

## REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.
- BATTAGLINI, Giulio et al. *Progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporaneo*. Roma: Istituto di Studi Legislativi, 1930.
- BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*, XXVII.
- BOBBIO, Norberto. *Contra os novos despotismos: escritos sobre o berlusconismo*. Trad. Érica Salatini. São Paulo: Unesp, 2016.
- BOBBIO, Norberto. *Direita e Esquerda: razões e significados de uma distinção política*. 3. ed. São Paulo: Unesp, 2012.
- CASTILHO, Ricardo. *Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CATTANEO, Mario Alessandro. *Pena, diritto e dignità umana: saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1990, p. 278.
- CHAUÍ, Marilena. O que é ideologia? (In) *O que é filosofia? Ideologia? Dialética?* São Paulo: Círculo do Livro, 1981.
- D'ANCONA, Matthew. *Pós-Verdade: a nova guerra contra os fatos em tempos de fake news*. Barueri: Faro, 2018.
- ECO, Umberto. *O fascismo eterno*. Trad. Eliana Aguiar. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019.
- FOUCAULT, Michel. *A hermenêutica do sujeito*. Trad. Márcio Alves da Fonseca. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FINCHELSTEIN, Federico. *Do fascismo ao populismo na história*. Trad. Jaime Araújo. Campinas: Edições 70, 2020.
- FRONTEROTTA, Francesco; BRISSOM, Luc (orgs.). *Platão: Leituras*. São Paulo: Loyola, 2011.
- KEYES, Ralph. *Era da pós-verdade: Desonestidade e enganação na vida contemporânea*. Curitiba: Vozes, 2018.
- LOBO DA COSTA, Helena Regina. O avanço do populismo também no Direito Penal. *Opinião*. São Paulo: Estadão, 2021. Disponível em: <https://opiniao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,o-avanco-do-populismo-tambem-no-direito-penal,70003568056>. Acesso em: 18 jan. 2021.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Assim Falava Zaratustra*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- PLATÃO. *A República: ou sobre a justiça, diálogo político*. Trad. Anna Lia Amaral de Almeida Prado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. Trad. Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.
- PLATÃO. *Diálogos VI – Crátilo, Cármides, Laques, Ion, Menexeno*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2013.
- PLATÃO. *Fedro*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2014.
- PRADO, Luiz Regis. *Princípios da dignidade da pessoa e humanidade das penas na Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/recursos/Artigos>. Acesso em: 17 out. 2016.
- ROSA, Gerson Faustino. Os limites da retribuição: uma análise crítica dos princípios penais constitucionais de sanção no Estado democrático de Direito. CARVALHO, Jefferson Moreira de. ROSA, Gerson Faustino. *Temas de concretização constitucional*. Leme: Edijur.
- WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del Derecho: derecho natural y justicia material*. Trad. Felipe González Vicén. Madrid: Aguila, 1971.



**GERSON FAUSTINO ROSA** é Doutor e mestre em Direito. Especialista em Ciências Penais e em Direito Penal e Processual Penal. Professor de Direito Penal nos cursos de graduação e de pós-graduação da Universidade Estadual de Maringá e da Escola Superior da Polícia Civil do Estado do Paraná. Professor de Direito Penal e coordenador da pós-graduação em Ciências Penais da Universidade do Oeste Paulista. Professor de Direito Penal e Supervisor de Investigação Forense e Perícia Criminal no Centro Universitário Leonardo da Vinci – UNIASSELVI.



# A nova roupagem da Súmula 377 do STF

■ POR FERNANDO GENTIL GIZZI DE ALMEIDA PEDROSO

**“Acertado o recente entendimento esboçado pelo Tribunal da Cidadania, uma vez que a interpretação sumular deve ser feita sob a ótica da realidade hoje existente, pois se assim não o fosse, o direito não acompanharia os avanços da sociedade de modo a torna-se desacreditado.”**

## PROPEDÊUTICA: A GÊNESE DA CIÊNCIA HERMENÊUTICA E A SUA EVOLUÇÃO

**A**ntes de se adentrar no cerne do presente questionamento, faz-se precisa uma análise prévia acerca da importância da exegese – como mecanismo de interpretação de textos, de integração de lacunas e, derradeiramente, de subsunção normativa. Até porque, em verdade, será com lastro nessa diretriz que poderemos pontuar a (in) aplicabilidade da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, materializada no ano de 1964.

Nessa vereda, é sabido que a hermenêutica<sup>1</sup> traduz um fenômeno que existe desde os primórdios da humanidade – tendo sido empregada, de forma técnica, a partir dos tempos de Platão. Porém, seu estudo como ciência é relativamente novo, haja vista que esta ideação só exsurgiu recentemente com as revoluções liberais (francesa e norte-americana, do constitucionalismo<sup>2</sup> clássico) ocorridas no final do século XVIII e com os luminares das primeiras constituições escritas e dotadas de supremacia.

Vale dizer. Tal fenômeno, à época acanhado e restrito à interpretação de textos, só teve início com a força normativa<sup>3</sup> das primeiras cartas escritas francesas, como o *Code Civil*/Código Napoleônico (1804) e o *Code de Commerce* (1808).

Fora neste panorama, diga-se de passagem, que emergiu a escola da exegese – com apogeu entre 1830 e 1880 – de interpretação mecânica e literal de textos pelo Poder Judiciário, uma vez que presente o receio dos franceses de, ao se furtar do absolutismo monárquico, darem a perigosa prerrogativa ao pretor de interpretar a lei ou de acrescentar algo às suas disposições.

Tamanha a força que exalava do ordenamento posto que, naquele contexto histórico, o judiciário e o executivo assumiam posições de subordinação, haja vista que não caberia ao judiciário interpretar a lei, mas tão somente aplicá-la, e, de outro turno, o executivo só poderia atuar se autorizado pela lei, dentro daqueles limites por ela estabelecidos<sup>4</sup>.

Desse modo, no *État Légal*, chegou-se a concluir que o “poder de julgar” seria nulo de certa forma, porquanto o julgamento deveria ser mera reprodução de um texto legal<sup>5</sup>. Ao juiz, decerto, cabia o “papel de mera ‘boca da lei’ (*bouche de la loi*)”, em virtude de ser considerado “escravo do direito posto, cuja missão se iniciava onde a do legislador terminou”<sup>6</sup>.

Este cenário, de o juiz como mero interpretador literal/gramatical da lei, só veio ganhar nova roupagem com o findar da Primeira Grande Guerra Mundial, onde o Estado, frente aos problemas sociais advindos deste período e, por demais, aliado ao crash da Bolsa de Nova York<sup>7</sup>, foi forçado a debelar sua postura abstencionista para passar a intervir nas relações sociais, econômicas e culturais.

Dentro desta perspectiva, de um novo modelo de Estado de Direito<sup>8</sup>, o ordenamento jurídico passou a ser incrementado e, por consequência, a se tornar mais complexo.

Desta sorte, a atividade hermenêutica, que se antes adstrita a uma mera aplicação mecânica da norma, não poderia ficar desassociada desta nova realidade. Por esta razão, fora ela remodelada e reestudada, de modo a conferir ao juiz melhores instrumentos para se assegurarem as amplas finalidades sociais que, a partir daquele momento, passaram a sopesar ao Estado.

*Id est*, não estanque a realidade que se descortinava, a hermenêutica passou a ser compreendida como um mecanismo para além da interpretação de textos, vindo a abarcar, de igual modo, a integração de lacunas e a aplicabilidade das normas.

De tal arte, se o estudo desta ciência antes quedava ancorado a meros métodos interpretativos, hoje passa a ser analisado sobre o espeque de valores e de princípios<sup>9</sup>, que traçam as diretrizes sobre como vir a efetivar o direito da melhor forma possível.

Desta feita, não cabe ao magistrado apenas aplicar filologicamente<sup>10</sup> o texto legal, porquanto, com essa nova dogmática, é de sua obrigação adequar a norma aos axiomas de justiça – elucubrar reproduzido, inclusive, por nossa *lex legum* (art.5 da LINDB).

Nessa senda, traçará normas jurídicas individualizadas, à luz de interpretações epistemológicas, com o fito de efetivar o direito pretendido na situação em concreto. Até porque, se o direito é um bem da vida – força viva e não teoria pura<sup>11</sup> –, ele deve ser usufruído, pois de nada serviria declarar-se alguém titular de um bem, sem que tivesse possibilidade de aproveitar-se das utilidades que ele pudesse proporcionar<sup>12</sup>.

Antolha-se, assim, a relevância de se esboçar a real dimensão hermenêutica hodierna, vindo a professar alguns dos instrumentos de interpretação mais empregados. Nessa vertente, verbera-se que os métodos interpretativos – desenhados pelos cultores do Direito com o desiderato de impor parâmetros interpretativos aptos a mitigar a discricionariedade (subjektivismo) do intérprete, de modo a racionalizar a aplicação judicial do Direito –, até o findar da Primeira Grande Guerra, ficavam adstritos aos mecanismos clássicos elucubrados por Savigny – que eram empregados, de forma uníssona, a todos os setores do Direito: fosse ele público ou privado.

Ocorre que, com o novo panorama trazido empós a Segunda Guerra, houve a necessidade de um reestudo de tais métodos. Isso porque, a partir daquele momento – dada a normatividade das constituições europeias –, notou-se a insuficiência daqueles aparatos interpretativos tradicionais para a solução de questões mais complexas que se descortinavam perante os operadores do Direito.

Nessa conjuntura, a doutrina alemã – com estofo na superioridade hierárquica da Constituição e dada a “natureza principiológica de parte das normas consagradoras de direitos fundamentais”<sup>13</sup> – começou a se digladiar e a esquadrihar novos instrumentos interpretativos.

Desse *brainstorm* acadêmico, nasceu uma verdadeira estruturação hermenêutica, preocupada – para além da interpretação de textos – com o conteúdo normativo a ser aplicado. Um engendrado sistema que envolve um conjunto de métodos e de princípios, “desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas – filosóficas, metodológicas e epistemológicas – diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares<sup>14</sup>”, que confirmam o caráter unitário da atividade interpretativa.

Nessa proposta, métodos plúrimos<sup>15</sup> emergiram no ordenamento internacional, de maneira que seria hercúlea a tarefa de abordar todos havidos. Em verdade, tamanha a variedade de meios hermenêuticos que haveria verdadeiro

caos interpretativo, se tais aparatos fossem balizados por si só sem a análise de vetores desta interpretação.

Isso porque, dada a riqueza desse repertório de possibilidades e, ademais, dada a inexistência de critérios que possam validar a escolha do instrumento adequado a determinada situação concreta, não haveria como se saber se o mecanismo eleito de fato seria o mais justo ao deslinde de eventual situação trazida.

Por esta razão, já que mais importante que os métodos em si é a análise cumulativa destes instrumentos com seus princípios estruturantes<sup>16</sup>, far-se-á o estudo da Súmula 377 do STF com pálio em uma interpretação genética e à luz da Constituição, nessa ordem.

## A SÚMULA 377 DO STF E O CONTEXTO DA SUA EXISTÊNCIA

Em *prima facie*, faz-se essencial edificar que respectivo entendimento veio a ser consolidado no ano 1964<sup>17</sup>, durante a vigência do Código Civil de 1916. De tal arte, de plano, é possível pontuar que o Direito de Família, onde está inserido o regime de bens, era dotado de uma dinâmica que hoje não mais existe.

Isso porque, a relação matrimonial era hierarquizada. Em outras palavras, dentro de um casamento havia uma percepção de verticalidade de poder, onde o homem era superior à sua mulher (art.233 do Código Civil de 1916)<sup>18</sup>. Não por outra razão, a vetusta terminologia até então adotada: pário poder.

Muito disso, em verdade, decorria do momento histórico em que fora plasmado o referido *Codex*. Uma sociedade que, até então, não franqueava os votos por parte das mulheres – cuja educação era moldada as funções subordinadas de se casar, ser mãe e, conseqüentemente, amparar seus filhos e marido.

Um código, destarte, desenhado com contornos da antiguidade – em que a mulher se dedicava aos afazeres domésticos e a lei não lhe conferia os mesmos direitos do homem<sup>19</sup>. Inclusive, ao ponto de, se casadas, terem redução de sua capacidade (art.6 do CC/16). Ou seja, havia a necessidade de se encontrarem assistidas para a prática de atos da vida civil, porquanto equiparadas aos relativamente incapazes. Nessa mesma proposta, caso almejassem ingressar no mercado de trabalho, far-se-ia imprescindível a autorização de seu consorte (art.242, VII, do CC/16).

Inserida nessa roupagem, de família instituição e necessariamente heterossexual, encontrava-se o regime dotal (coronista) de bens (arts. 278 a 311 do CC/16). Em outros dizeres, dado o elucubrar das mulheres estarem submissas aos homens, a forma vislumbrada para se angariar bons pretendentes era por intermédio do fomento advindo de dotes – que seriam valorados, precipuamente, com lastro em três critérios: a) saúde financeira dos ascendentes da mulher; b) idade da filha, com verberar de quanto maior a idade maiores os dotes a serem destinados; e, por fim, c) em uma relação inversamente proporcional, a relação entre o dote e a compleição física e afeiçoamento da rebenta.

Outras, tantas, eram as diferenciações havidas. Todas, em sua essência, de natureza depreciativa. De qualquer modo, pretendente eleito e contraído o casamento, o regime de bens seria imutável, dada a indissolubilidade do matrimônio – sendo o regime da comunhão universal de bens, à época, o regime supletório (art.258 do CC/16), o que só veio a ser alterado com o advento da Lei do Divórcio (Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977).

Dessa sorte, em virtude do momento havido, editou-se o enunciado sumular como mecanismo de se salvaguardar os interesses das mulheres. Um veículo, ante as fragilidades existentes, apto a trazer um equilíbrio financeiro para aquela despida do afago legislativo – fosse no Direito de Família ou no Direito Sucessório, onde era (apenas!) a terceira na lista da ordem de vocação hereditária (art.1603, III, do CC/16).

Daí, a interpretação esposada inicialmente (inclusive pela decisão) acerca da presunção do esforço comum<sup>20</sup>, convertendo o regime da separação legal obrigatória em comunhão parcial de bens.

## **A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E O SEU EFEITO PRISMA**

Todavia, a sociedade moderna trouxe inúmeras mudanças de paradigmas em diversos campos do conhecimento humano. Dentre elas, é no Direito de Família que se encontram muitas destas inovações.

Somadas essas transformações habituais à humanidade, percebe-se que muitos impactos – precipuamente fundados na dignidade humana e no afeto – alteraram (e ainda estão a alterar) a realidade havida.

Desta sorte, com a constante mutação existente no mundo real (plano do ser), se faz imperioso, de forma reflexa, que a doutrina busque mecanismos para adaptar o plano a ela intimamente ligado: o do dever-ser<sup>21</sup>.

Nesse passo, numa teoria circular, na qual se vislumbra que as inovações existentes no Direito Civil são decorrentes das constantes alternâncias de valorações sociais, se descortina uma ciência jurídica completamente nova.

Não por outro motivo, o contexto reclama uma reinterpretção da dogmática familiar, a fim de determinar quais parâmetros permanecem válidos, quais estão irremediavelmente superados pelas práticas sociais e quais ainda valem a pena ser preservados – vindo, se for o caso, a ser defendidos com rigidez.

Só para se ter uma ideiação, é possível professar sem reticências que, lastreada no afeto, o Direito de Família foi a ciência que mais evoluiu e transformou-se com o perfazer dos anos.

À título apenas exemplificativo, com espeque no axioma da dignidade humana da família, tivemos as seguintes deliberações das cortes superiores: a) possibilidade de casamento homoafetivo (2011); b) adoção da teoria do desamor ou abandono afetivo (2012)<sup>22</sup>; direito à felicidade ou reconhecimento da multiparentalidade (2016)<sup>23</sup> e, para não se estender, o reconhecimento dos

animais como membros da família, o que, por consequência, deu azo à guarda e prestação alimentícia para os mesmos (2018).

No que tange a dinâmica familiar, que viabilizou uma pluralidade de arranjos diversos do casamento, passou-se a ventilar a horizontalização matrimonial (art.5, *caput*; e art. 226, §5º, da CRFB), de modo que, hodiernamente, faz-se possível que a mulher passe seu sobrenome ao marido e, se necessário, ainda lhe preste alimentos. Em outras palavras. Debelou-se o instituto do pátrio poder e, em seu lugar, eclodiu o poder familiar.

Diante dessa roupagem, torna-se imperioso observar a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal sob à luz constitucional.

Até porque, é dessa relação de verticalidade de poder, que torna a Constituição em fundamento de validade de todas as demais normas, que se extraem dois fenômenos: o da contaminação virótica da constituição e o da filtragem constitucional. Ambos os institutos de perspectivas antípodas e complementares.

O primeiro, igualmente denominado de efeito prisma, faz com que diversos valores presentes na Constituição da República se pulverizem para outras searas. Ou seja, traz uma leitura da *Magna Carta* dirigida aos mais variados direitos, sejam eles processuais ou materiais. De outra banda, do outro lado exegético, torna-se imprescindível a leitura das leis sob o prisma constitucional. É com estofo nesse fenômeno que ganha berço o segundo instituto – bastante relevante para a aplicação do controle de constitucionalidade e de convencionalidade.

Imerso nessa primeira proposta, contaminação virótica da constituição, encontramos o princípio da igualdade entre cônjuges (art. 226, § 5º, da CRFB). Tal mandamento de otimização, que se espalha para o ordenamento civil (arts. 1511 do CC), leva em consideração a igualdade de direitos e deveres havido entre aqueles que estão casados.

Nessa vereda, diante do dinamismo que a própria vida impõe, qualquer mudança existente deve ser reinterpretada perante a respectiva ótica constitucional, de modo a sempre se buscar a aplicação mandamental nos parâmetros estabelecidos na Magna Carta. E, é com essa perspectiva, que deve ser concretizada a releitura sumular.

Uma interpretação, ao mesmo tempo, progressista (de modo a se acompanhar a evolução e a dinâmica das relações sociais fluutuáveis) e teleológica (com intento de se proteger a mulher).

Ambas, mais relevantes que uma interpretação genética – pois, a adoção da compreensão de que o esforço comum deve ser presumido (por ser a regra) conduz à ineficácia do regime da separação obrigatória (ou legal) de bens, haja vista que para afastar a presunção, deverá o interessado fazer prova negativa, comprovar que o ex-cônjuge ou ex-companheiro em nada contribuiu para a aquisição onerosa de determinado bem, conquanto tenha sido a coisa adquirida na constância da união. Em outros dizeres, traria uma anomia diante da quase impossibilidade prática de se separar os aquestos.

Dessa sorte, ainda que a presente Súmula permaneça existente e aplicável, torna-se imprescindível revalorá-la numa perspectiva progressista e teleológica. Em outras palavras, diante da isonomia substancial colimada, faz-se essencial interpretar que a comunicação dos bens, no regime de separação legal, só ocorrerá se provado o esforço comum para aquisição dos mesmos.

E isso, obviamente, não só por estar de acordo com a Constituição Cidadã, superveniente ao texto sumulado, mas de igual maneira, por prestigiar o regime de separação legal de bens – independente se por idade (agora, com maiores de setenta anos<sup>24</sup>), casamento com causa suspensiva ou por autorização judicial (art.1641 do CC/02).

Nessa alheta, em idêntico sentido, encontra-se o recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça – ao pontuar que “cabera ao interessado comprovar que teve efetiva e relevante (ainda que não financeira) participação no esforço para aquisição onerosa de determinado bem a ser partilhado com a dissolução da união (prova positiva)”<sup>25</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desse modo, resta claro que para a continuidade da aplicação da Súmula 377 do STF, faz-se imperiosa uma releitura da mesma sob à ótica constitucional. Até porque, a realidade de sua elaboração já não se faz mais presente.

De tal arte, aplicá-la à luz da década de sessenta não só depreciaria os avanços alcançados aos direitos das mulheres, mas, de igual modo, ventilaria uma anomia a existência do regime da separação legal obrigatória.

Daí, acertado o recente entendimento esboçado pelo Tribunal da Cidadania, uma vez que a interpretação sumular deve ser feita sob a ótica da realidade hoje existente, pois se assim não o fosse, o direito não acompanharia os avanços da sociedade de modo a torna-se desacreditado.

Nessa senda, imprescindível foi a modificação de entendimento, com contornos progressistas e constitucionais. De forma que a exigência de efetiva e relevante participação no esforço para a compra de determinado bem se impõe para a comunicação e partilha do mesmo entre o casal. ■

## NOTAS

- 1 Sua etimologia (*hermeneutike*) remete a Hermes, mensageiro de Zeus – uma espécie de entidade intérprete, a quem caberia a capacidade de traduzir o incompreensível.
- 2 O constitucionalismo traduz um movimento político-jurídico que tem como fito estabelecer regimes constitucionais, com governos moderados, limitados em seus poderes, e submetidos a constituições escritas. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1993. p.7). Nesse sentido, salienta-se que apesar do decurso do tempo e da criação de diversas constituições, o constitucionalismo sempre se pautou na busca contra o arbítrio do poder. Daí, embora classificado em cinco etapas históricas distintas, dele sempre se extraíram três ideias principais: a garantia de direitos; a separação dos poderes e o

axioma do governo limitado. (PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida. Constitucionalismo contemporâneo e suas consequências valorativas. In: *Revista Brasileira de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Lex/Magister. V.6, Jul/Set, 2013. p.61).

- 3 Fundada no iluminismo (*Época de las Luces, Aufklärung, Enlightenment, Illuminismo, Siècle des Lumières*) e em contraposição ao absolutismo reinante, a revolução francesa trazia em seu bojo: a) a organização do Estado, por meio da separação das funções do poder; b) a força normativa, por intermédio de codificações positivadas; e c) a previsão de direitos e garantias fundamentais – quiçá, a mais célebre declaração dos direitos do homem e do cidadão (1789): a *Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen*, onde se trouxe a premissa de que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos”( Art. 1º de tal documento).
- 4 Daí, inclusive a ideação das chamadas constituições quadro/ moldura/ negativa/ liberal onde para se assegurar direitos civis e políticos, de primeira dimensão, não deveria haver a intervenção estatal. Ou seja, recebe a tipologia quadro/moldura dada a limitação ao poder de atuar por parte do Estado.
- 5 MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973. p.158.
- 6 NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Editora Método, 2013. P.146.
- 7 Em 24 de outubro de 1929, conhecida como quinta-feira negra.
- 8 No caso, o Estado Social.
- 9 O ativismo jurisdicional acarreta uma defesa do ordenamento jurídico pela aplicação dos princípios e normas que o integram, sobejando, por fim, numa decisão justa e adequada. (LIMA, Rogério Medeiros Garcia. *O direito administrativo e o poder judiciário*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002. p.107).
- 10 Neste ponto, verbera-se que empós a Segunda Grande Guerra Mundial e com o Constitucionalismo Contemporâneo – que será delineado de melhor modo mais a frente –, o Poder Judiciário assumiu um maior protagonismo, quiçá fruto da hipostasiação de tal função do Poder.

O Judiciário, em virtude desta alteração na acepção da fonte, passa a solucionar temas de relevância com potencialidade de gerar impactos no âmbito público e social. Desta sorte, Nestor Pedro Sagüés esclarece que o Judiciário passa a possuir um protagonismo decisivo nas mudanças sociais e na incorporação de novos direitos ao extenso rol constitucional (SAGÜÉS, Nestor Pedro. *Interpretación judicial de la constitución*. Buenos Aires: Editorial Depalma S.R.L, 1998. p.74).

Por outro lado, atenta-se a existência de certa corrente doutrinária que critica o denotado ativismo jurisdicional, haja vista os riscos nas possíveis extrapolções de suas funções. A esses pensadores, mais conservadores, dá-se o nome de textualistas, originalistas, preservacionistas ou, como denominou “NIXON, *strict constructionists*” (apud NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Método, 2008. p.72)

Cumprir obtemperar. Sobre o prisma deste luminar minoritário, a postura criativa do Judiciário seria uma usurpação do legislativo. Um vilipêndio ao bem engendrado sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) trazido no artigo 2º da CRFB.

Desta feita, abeberando-se dos ensinamentos de LENIO LUIZ STRECK, seria antide-mocrática a possibilidade de decisionismos por parte de juizes e tribunais. Por tal

razão, não se poderia confundir a adequada e necessária intervenção jurisdicional com a possibilidade dos tribunais se assenhorearem da Carta Magna. (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p.141).

11 IHERING, Rudolf von. *La lutte pour le droit*. Paris: Marescq Aine, 1890.

12 COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959. v.IV. p.37

13 Ob. Cit. NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. P.148.

14 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. P.97.

15 Note! Os intérpretes/aplicadores acabam escolhendo e elucubrando estes métodos ao sabor de sentimentos e intuições. Daí, a razão da existência de um número plural de instrumentos, que se avaliados sem um vetor poderiam trazer grandes problemas ao operador do direito.

Reverbera-se, todavia, que “apesar de todas essas incertezas, autores existem, hoje em maioria, que enaltecem as virtudes dessa riqueza instrumental com o argumento de que, em face da extrema complexidade do trabalho hermenêutico, todo pluralismo é saudável; não se constitui em obstáculo, antes colabora, para o conhecimento da verdade; e, racionalmente aproveitado, em vez de embaraçar os operadores jurídicos, acaba ampliando o seu horizonte de compreensão e facilitando-lhes a tarefa de aplicar o direito. (KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. P.104 e 519. *apud* ob. Cit. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de direito constitucional*. P.99 )

16 Em palavra poética, noutro dizer, se faz necessário um “ir e vir ou balançar de olhos entre objeto e método, tendo como eixo o valor justiça, em permanente configuração” (ob. Cit. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de direito constitucional*. P.98)

17 Publicado nos DJs em: a) 08 de maio de 1964 (p.1237); b) 11 de maio de 1964 (p.1253) e c) 12 de maio de 1964 (p.1277).

18 É hialino, antes de tudo, que embora iguais em dignidade, o ser humano apresenta diferenças biológicas entre sexos. A genética, hoje em seu auge, está aí para desmistificar tais complexidades, determinando a razão de fenótipos tão distintos.

Entretanto, antes do exurgir desta recente ciência, cuja terminologia só foi dada em 1908 por William Bateson (em carta direcionada para Adam Sedgewick), as diferenças havidas entre os grupos sexuais (masculino e feminino) serviam de estofos para as mais variadas discriminações.

Nesse cipoal, estudos antropológicos sustentam que nas sociedades primitivas a própria divisão laboral já era apta a indicar a vetusta visão de inferioridade feminina. Quiçá pela tônica muscular, as mulheres ficavam restritas a atividades interiores, enquanto, de outro turno, aos homens competiam as funções de caça e guerra. Nascia, assim, a origem do patriarcalismo.

Durante o Império Romano, um dos berços da civilização, a situação das mulheres piorou. Equiparadas a uma coisa, só adquiriam sua autonomia com as mortes de seu genitor e de seu marido.

Já no período da inquisição, retratado neste artigo, estima-se que entre 75% a 90% dos mortos pelos crimes de epidemia e más colheitas eram mulheres, razão pela qual, consideradas bruxas / feiticeiras, eram lançadas às fogueiras.

Tal panorama só começa a se alterar no perfazer do século XIX. Com a revolução industrial e o engatinhar do capitalismo, as mulheres, já organizadas em sindicatos, passaram a pleitear melhores salários e melhores condições de serviço. Infelizmente, para referida evolução, tão só em uma Indústria têxtil, em Nova Iorque (1857), centenas de trabalhadoras foram incineradas – situação similar, diga-se *en passant*, foi a razão do dia internacional da mulher se dar em março. É que, no referido mês, em 1911, um incêndio na fábrica têxtil Triangle Shirtwaist, igualmente em Nova Iorque, ceifou a vida de mais de 100 operárias, que não conseguiram se furtar em razão da precariedade do local.

De qualquer modo, é digno de nota que este caminhar pela igualdade entre homens e mulheres foi paulatino. Em 1879, as mulheres nem sequer podiam cursar nível superior. De mais a mais, o código civil de 1916, em sua origem, considerava as mulheres relativamente incapazes, havendo a necessidade de ratificação de seus maridos para que seus atos tivessem validade na órbita civil – talvez pelo fato de as ordenações Filipinas pontuarem a “fraqueza de seu entendimento”.

Em 1932, por demais, as mulheres passaram a ter o direito de voto, ainda que de modo opcional, haja vista que a obrigatoriedade deste só veio em 1946 – mesmo ano, curiosamente, em que o biquíni (muito criticado) foi usado pela primeira vez pela stripper parisiense Micheline Bernardine.

Cansadas da opressão vigente, em um ato que se tornou um marco do feminismo, quatrocentas mulheres do *Women’s Liberation Movement* (WLM) saíram às ruas em 7 de setembro de 1968, em Atlantic City (EUA), e depositaram seus sutiãs, sapatos de salto alto e espartilhos em frente ao teatro onde ocorria o concurso de Miss América – evento tido como uma forma de exploração comercial das mulheres.

Empós denotado episódio, que recebeu o nome de “queima dos sutiãs” (apesar de nenhum deles ter sido queimado, de fato), María Estela Martínez de Perón assume a presidência da Argentina, e se torna, nesse passo, a primeira mulher a presidir um país.

Nos dias atuais, embora muitos direitos tenham sido alcançados (como a igualdade entre homens e mulheres, art.5º, I, CRFB; igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, art.226, §5º, CRFB, etc), é necessário professar que a desigualdade sexual se faz presente, porém, agora, implicitamente.

Com espreque em quadros estatísticos recém-avaliados, ainda que as mulheres alcancem 41% da força de trabalho atual, tão só 24% dos cargos de chefia existentes são ocupados por elas.

Ademais, apesar de nossa bíblia política proibir diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo (art.7º, XXX, CRFB), no que concerne ao salário, mesmo exercendo a mesma função, é apontado que as mulheres recebem 71% do valor adquirido pelos homens (PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida. Direito fundamental à igualdade: da evolução à sua concreção!. In: *Revista Brasileira de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Lex/Magister. V.9, 2014. Pp.39-40).

19 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2014.p.16. Em idêntico sentido: SAAD, Martha Solange Scherer. *Mulher, sociedade e direitos humanos: homenagem à professora doutora Esther de Figueiredo Ferraz*. São Paulo: Rideel, 2010.p.27

20 Com estofo nos seguintes precedentes: a) RE 7243 EI, publicado no DJ de 12 de junho de 1945; b) RE 10951, publicado no DJ de 09 de abril de 1948; c) RE 9128, publicado

- no DJ de 17 de dezembro de 1948 e; derradeiramente, d) RE 8984 EI, publicado no DJ de 11 de janeiro de 1951.
- 21 KANT, Immanuel. *A fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzida do Alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.
- 22 REsp 1.159.242/SP, 3 turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j.24.04.2012, DJe 10.05.2012
- 23 RE 898.060/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j.21.09.2016, publicado no seu Informativo n.840.
- 24 Lei n.12.344, de 9 de dezembro de 2010.
- 25 EREsp 1.623.858-MG. Rel.Min. Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), por unanimidade, julgado em 23/05/2018, DJe 30/05/2018.

## REFERÊNCIAS

- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira e COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008;
- COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008
- COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. IV, 1959;
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1993;
- IHERING, Rudolf von. *La lutte pour le droit*. Paris: Marescq Aine, 1890;
- KANT, Immanuel. *A fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzida do Alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007;
- LIMA, Rogério Medeiros Garcia. *O direito administrativo e o poder judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002;
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008;
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973;
- NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Método, 2013;
- PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida. Constitucionalismo contemporâneo e suas consequências valorativas. In: *Revista Brasileira de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Lex/Magister. V. 6, Jul/Set, 2013;
- SAAD, Martha Solange Scherer. *Mulher, sociedade e direitos humanos: homenagem à professora doutora Esther de Figueiredo Ferraz*. São Paulo: Rideel, 2010;
- SAGÜÉS, Nestor Pedro. *Interpretación judicial de la constitución*. Buenos Aires: Depalma S.R.L, 1998;
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007;
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.



# Por que o Dia Universal Dos Direitos Humanos precisa ser celebrado?

■ POR ANA BERNAL

**“Que esta data lembre a cada um de nós e a cada órgão da sociedade, a Declaração Universal de Direitos Humanos, e que possamos pelo ensino e educação, promover o respeito aos direitos e liberdades, adotando medidas de progresso a nível nacional e global.”**

**N**o próximo dia 10 de dezembro se comemora o Dia Internacional dos Direitos Humanos, data que foi instituída em 1950, proclamada pela ONU – Organização das Nações Unidas, e considerada uma referência na história, já que a Declaração Universal do Direitos Humanos veio como marco legal regulador das relações entre governos e pessoas. A ONU, vislumbrou ainda celebrar, o longo caminho a ser percorrido para que houvesse a efetivação dos preceitos da declaração.

Como defensora da liberdade, conclamo que este dia possa servir para nos lembrar e alertar, que todos nós, enquanto seres humanos temos capacidade de gozar os direitos e liberdade estabelecidos na Declaração de 1948, a qual determina no artigo 1º que todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade (união, afeto). Não esquecendo que não deve existir distinção de qualquer espécie, seja raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, ou seja, direito à não discriminação, como disposto no art. 2º do mesmo diploma legal.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos tem ainda como objetivo, evitar guerras, promovendo a paz mundial e fortalecer os direitos humanitários, principalmente, com tratamento digno e igualitário a todas as nações do mundo.

Nessa perspectiva, os Direitos Humanos constituem o mais básico dos direitos de qualquer ser humano, em qualquer lugar do mundo, podendo, se,

violados, requerer em defesa própria ou de outrem, não havendo o que possa anular ou restringir os direitos fundamentais de um ser humano.

Ressaltamos, como primordial, a promoção e o desenvolvimento de relações amistosas entre os povos e Nações Unidas, nos direitos fundamentais do ser humano, como dignidade e o valor da pessoa humana, a qual é dotada de igualdade de direitos entre gêneros, promovendo o progresso social e condições melhores de vida, com liberdade e equidade de oportunidades, levando a uma sociedade mais igualitária, justa e coesa.

Liberdade, igualdade e solidariedade, são os primeiros pilares dos direitos humanos que se pautaram nos princípios da Revolução Francesa, onde viu a monarquia absolutista que tinha governado a nação durante séculos entrar em colapso no período de apenas três anos.

No Brasil, os Direitos Humanos são consagrados na Constituição Federal de 1988. Ao longo da Carta Magna, encontramos o direito à vida, à privacidade, igualdade, liberdade e outros conhecidos como direitos fundamentais, mas infelizmente estamos muito longe de ser um país onde todos são iguais e tenta erradicar os preconceitos, como por exemplo o preconceito racial.

Muito temos ainda a fazer para vermos os direitos fundamentais assegurados a todos os seres humanos. Precisamos ter mais sensibilidade para que algumas leis protejam os desiguais em oportunidades, e, dessa forma alcançarmos uma sociedade democrática, que combate a discriminação por todos os meios, em direito admitidos, corrigir desequilíbrios, tendo como princípio o artigo 5º da Constituição: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

É fundamental alterar positivamente a imagem das minorias; modificar os padrões socioculturais de conduta, incluindo construção de programas de educação apropriados a todo nível de processo educativo para contrabalançar preconceitos e costumes e todo tipo de prática baseado na premissa de inferioridade ou superioridade nos papéis estereotipados ou que legitimam e exacerbam preconceito discriminação e segregação.

É preciso também implementar políticas públicas sérias que possibilitem a redução dos quadros de desigualdade, com uma luta incansável pela diminuição dos desníveis socioeconômicos. Neste viés o direito penal tem um papel importante, principalmente pelo caráter repressivo e preventivo da pena, com a publicidade das condenações pelos meios de comunicação de massa, a qual possuiu um papel de divulgar a existência dessas leis, ajudando a apagar a ideia de impunidade que permeia a questão, com função educativa.

Que esta data relembre a cada um de nós e a cada órgão da sociedade, a Declaração Universal de Direitos Humanos, e que possamos pelo ensino e educação, promover o respeito aos direitos e liberdades, adotando medidas de progresso a nível nacional e global. ☐



**ANA BERNAL** é Advogada Criminalista, especialista em Direito Penal e Processo Penal pela PUC/SP e, Direito de Família; Palestrante; Colunista e Consultora; Diretora Executiva da OAB/São Paulo 116a. Subseção.



# FALAR LIBERTA

**A sua voz pode mudar a história da violência sexual infantil.**

## #NÃOSECALE

**Queremos ouvir você.**

**UMA  
VOZ**

**CHAMA  
OUTRA**