

EDIÇÃO 17 ABR – MAI/2023
ISSN 2675-9403



TJPR

GRALHA AZUL

PERIÓDICO CIENTÍFICO DA EJUD/PR



EJUD-PR

ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ



Editor-Chefe

Luiz Fernando Tomasi Keppen

Conselho Editorial

Desembargador Mário Luiz Ramidoff

Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha

Desembargador Luiz Osório Moraes Panza

Desembargador Jorge de Oliveira Vargas

Desembargador Octávio Campos Fischer

Desembargadora Priscilla Placha Sá

Desembargador Ramon de Medeiros Nogueira

Desembargador Roberto Portugal Bacellar

Desembargador Ruy Alves Henriques Filho

Desembargador Substituto Anderson R. Fogaça

Juiz de Direito André Carias de Araujo

Coordenação Editorial

Adriane Garcel

Supervisão Editorial

Karen Paiva Hippertt

Revisão

Gustavo Calixto Guilherme

Layout

Luiz Fernando Patitucci

Revista Galha Azul: Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná - EJUD/ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, ed. 17. v.1, Curitiba, abr-mai-2023.

Bimestral

ISSN 2675-9403

Disponível em: www.tjpr.jus.br/revista-gralha-azul

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal de Justiça – Paraná.

CDU: 340

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a devida citação.

As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

EDITORIAL



É com imensa satisfação que preparamos e lançamos a 17ª Edição da Revista Galha Azul – Periódico Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, instituída pela Resolução nº 299 do Órgão Especial, de 26 de julho de 2021.

Nesta publicação, trazemos trabalhos sobre temas atuais da área jurídica de grande relevância para pesquisadores, docentes e advogados. Essas contribuições são valiosas para a continuidade da discussão sobre temas de Direito que demandam atenção contínua dos legisladores e juristas, para o indispensável aprimoramento do nosso sistema jurídico.

A Revista Galha Azul busca cumprir seu propósito de ser um respeitável instrumento de difusão de resultados de pesquisa científica, desencadeando reflexões e mediando um amplo diálogo entre o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e a comunidade jurídica, além de toda a sociedade.

EDITORIAL

Nosso processo de construção está em constante aperfeiçoamento, sempre respeitando as boas práticas editoriais para que, em um futuro breve, nossa revista possa apresentar um elevado fator de impacto e se torne uma obra de referência tanto para a academia como para a jurisprudência.

A revista já é considerada um importante veículo de disseminação do conhecimento jurídico e a cada edição vem contribuindo com o debate, a difusão e o fomento de novas e instigantes pesquisas na área do direito.

Uma excelente leitura a todos!

Desembargador Rogério Etzel
Vice-Diretor da Escola Judicial do Paraná

SUMÁRIO

EDITORIAL Rogério Etzel	5
O RACISMO SOCIAL – ANÁLISE À LUZ DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26/DF E DO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4.733/DF Mauro Bley Pereira Junior, Jhennifer de Freitas Cabral	8
INSIGHTS DE NEGÓCIOS E COMPETIVIDADE DO AGRONEGÓCIO NO MERCADO INTERNACIONAL Heloísa Bagatin Cardoso, Ruy Alves Henriques Filho, Crisley Scapini.	24
O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL: UM DESAFIO RUMO À SUSTENTABILIDADE Adriano Vottri Bellé	38
O DIREITO À LIMITAÇÃO RAZOÁVEL DA DURAÇÃO DO TRABALHO: UM DIREITO HUMANO (E FUNDAMENTAL) AINDA PENDENTE DE CONCRETIZAÇÃO NO BRASIL NO EXERCÍCIO DO TELETRABALHO Fabiano de Aragão Veiga	47
AS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELO PASSAPORTE VACINAL – COVID-19 – E A DICOTOMIA ENTRE OS DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS José Paulo Bittencourt Júnior, Luiz Eduardo Gunther	62
ACESSO INAUTÊNTICO À JUSTIÇA E A CRISE DA JURISDIÇÃO: AS TAXAS PROCESSUAIS NA LITIGÂNCIA PREDATÓRIA Karen Paiva Hippertt, Adriane Garcel	72
A PRESCRIÇÃO RETROATIVA, O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E A DIGNIDADE A PESSOA HUMANA Mauro Bley Pereira Junior	88

O RACISMO SOCIAL – ANÁLISE À LUZ DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26/DF E DO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4.733/DF



Mauro Bley Pereira Junior¹

Análise de caso concreto à luz da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF e do Mandado de Injunção (MI) nº 4.733/DF, que reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar violações a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBTQIA+ e decidiu, por maioria, pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo, previsto no art. 20, caput, da Lei nº 7.716/1989

Palavras-Chave: Racismo social; Homofobia; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

¹ Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná em 1991. Juiz Substituto em 2º Grau no Tribunal de Justiça do Paraná. E-mail: mbp@tjpr.jus.br.

THE SOCIAL RACISM – ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY BY OMISSION N° 26/DF AND INJUNCTION N° 4.733/DF



Jhennifer de Freitas Cabral ²

Analysis of a concrete case under the light of the Direct Action of Unconstitutionality by Omission N° 26/DF and the Injunction N° 4.733/DF, which recognized the delay of the National Congress to incriminate violations of fundamental rights to LGBTQIA+ community, and decided, by majority, to frame homophobia and transphobia as a criminal offense defined in the Racism Law, art. 20, caput, of Law No. 7.716/1989..

Keywords: Social racism; Homophobia; Direct Action of Unconstitutionality by Omission

² Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela UniCuritiba. Estagiária de Pós-Graduação no Tribunal de Justiça do Paraná. E-mail: jhfcabral@tjpr.jus.br.

INTRODUÇÃO

Apresenta-se inicialmente situação fática real para análise jurídica do crime de racismo social. Foram alterados os nomes das pessoas, datas, horários e local, atendendo as regras de sigilo e a fim de evitar desnecessária exposição pública.

Constou da denúncia na ação penal:

“No dia 29 de janeiro de 2020, por volta das 08h30min, no interior de uma das enfermarias do Hospital Modelo, unidade hospitalar localizada na Rua Castro Alves n° 755, Centro, neste município e comarca de Curitiba/PR, o denunciado JOÃO LEITE, agindo dolosamente, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, imbuído de ânimo lesbofóbico, praticou discriminação em razão de orientação sexual contra a vítima Maria Silva, impedindo que ela exercesse livremente seu trabalho.

A vítima MARIA SILVA exerce a profissão de cuidadora de idosos, tendo, na ocasião dos fatos, sido contratada para acompanhar idoso que estava internado nas dependências do Hospital Modelo, unidade hospitalar que tem como sócio administrador, diretor clínico e médico o denunciado JOÃO LEITE.

Após ingressar no dia 28 de janeiro de 2020, por volta das 20h00min e ter passado a noite nas dependências do hospital no exercício de seu trabalho, já na manhã do dia 29 de janeiro de 2020, por ocasião das visitas de rotina aos pacientes internados, o denunciado JOÃO LEITE, ao acessar a enfermaria em que trabalhava a vítima MARIA SILVA, ao se deparar com ela, indagou a enfermeira que o acompanhava se ela “teria estudado o caso dela”, referindo-se a vítima MARIA, quando obteve da profissional de saúde a seguinte resposta: “feminina”.

Ato contínuo, com estado de ânimo alterado, ainda na presença da vítima MARIA, o denunciado JOÃO LEITE novamente se virou para a enfermeira que o acompanhava e a questionou dizendo “isso não pode, o que isso aqui está virando, como que entrou?”. Na sequência, o acusado JOÃO LEITE saiu da enfermaria e se dirigiu até o posto de enfermagem onde se encontravam as demais profissionais

de enfermagem, indagando-as, também na presença da vítima MARIA e se referindo a ela: “você não se sentiriam constrangidas se ela as visse urinando?”.

Após a vítima tentar, sem sucesso, interpelá-lo diante das ofensas lesbofóbicas, o acusado JOÃO LEITE disse, ainda, “não quero saber, saia do meu hospital”, “não sei que espécie que é, se é homem ou se é mulher” e “aqui não pode”.

Por fim, a vítima MARIA SILVA foi solicitada a se retirar do hospital por duas outras enfermeiras, deixando a unidade em seguida.”

No caso em questão, logo após o crime, a vítima Maria compareceu na delegacia de polícia local relatando o crime, na forma descrita na denúncia, sendo acompanhada de sua irmã, e do contratante Luiz Carlos Junior. A vítima também recebeu atendimento psicológico e apoio da Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero da OAB/PR. O réu, na fase policial, negou a prática do delito, e sustentou que a vítima, e a irmã daquela pretendiam indenização, construindo versão falsa dos fatos.

O juízo considerou que a materialidade do crime foi demonstrada pela Portaria de instauração de inquérito policial, Boletim de ocorrência, Ofício n° 01/2020 encaminhado pela Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero da OAB/PR, Termo de Responsabilidade de Acompanhante, e Procedimento Investigatório Criminal n° 0110.20.000521-9/MPPR.

Foi considerada provada a autoria pelos depoimentos da vítima, da irmã da vítima, do contratante do serviço da vítima, e pelos depoimentos de duas enfermeiras.

Em seu interrogatório em juízo, o réu negou a prática do crime, sustentando que está sendo vítima de acusações falsas para lastrear ação indenizatória.

O depoimento da vítima foi bastante detalhado. A vítima, ao ser inquirida, informou que:

“(…) foi contratada pelo Luiz Carlos Júnior para atender o pai do mesmo, Sr. Dorival; que pegou o plantão as sete horas da noite; que o senhor Dorival estava no primeiro quarto; que deu os documentos para a moça da portaria, que lhe entregou um papel de acompanhante; que foi para o primeiro quarto, depois mudou para o segundo; que estava com a camiseta de cuidadora, calça branca, chinelo e boné; que fez o cadastro no hospital; que

mostrou a sua identidade; que indicou quem iria estar acompanhando; que ninguém disse nada sobre não poder acompanhar alguém do sexo masculino; que não foi feita nenhuma pergunta sobre seu sexo; que o senhor Dorival, que acompanhava, ficou até às oito horas da noite em um quarto e depois foi para outro; que no segundo quarto tinha um rapaz na cama ao lado, com dengue hemorrágica; que não conhecia esse rapaz; que sempre ficou na sua cadeira; que não tomou banho lá; que em nenhum momento entrou no banheiro do hospital, sempre usou o banheiro do quarto; que no outro dia cedo as enfermeiras passaram no quarto; que em nenhum momento as enfermeiras mencionaram que ela não poderia estar na enfermaria masculina; que em nenhum momento o rapaz da cama próxima ficou incomodado com a sua presença; que ele quase não conversava; que ficava no celular; que em nenhum momento ele pediu para ela se retirar por estar na ala masculina e ser mulher; que eram umas oito horas da manhã quando o doutor João passou fazendo a visita; que quando ele entrou no quarto, ele entrou sozinho; que logo em seguida veio uma enfermeira; que o doutor perguntou à enfermeira se havia estudado o caso de Maria; que a enfermeira disse que não, porque Maria tinha chegado no dia anterior, quando ela não estava; que chegou a ir até ele (o Dr. João) para explicar a situação, mas ele não deixou explicar; que a enfermeira falou que ela (Maria) era feminina, era mulher; que o doutor disse "como que isso entrou?" referindo-se a ela; que o doutor João não chegou a examinar o Sr. Dorival, já veio agredindo-a verbalmente; que o rapaz da cama anexa estava no quarto, mas não lembra se ele estava acordado; que depois o Dr. João saiu da enfermaria e foi até o

balcão perguntando, aos gritos, às enfermeiras se elas não ficariam constrangidas se vissem ela (Maria) urinando; que foi até o balcão e respondeu dizendo que isso não existe, que nem tinha como elas verem nada, pois estava no quarto; que ele (Dr. João) estava nervoso, batia na mesa, não deixava ela falar; que isso aconteceu no corredor; que ele disse "não quero saber, saia do meu hospital, não sei se é homem ou é mulher"; que disse que não ia sair; que em nenhum momento uma enfermeira ou outro funcionário chegou para ela para explicar nada; que obrigaram que saísse e deixou o Sr. Dorival sozinho; que teve que sair porque pegaram sua bolsa; que as enfermeiras saíram com a sua mala e ela saiu atrás; que estava com a mesma roupa de quando entrou no hospital; que uma enfermeira disse que ele (Dr. João) estava bravo, que era melhor ela sair, que não podia fazer nada; que duas enfermeiras pediram desculpas pelo ocorrido; que pediu os documentos na saída; que em nenhum momento disseram que o rapaz/paciente que estava no mesmo quarto havia solicitado sua retirada; que estava chovendo; que nem na área do hospital ela podia ficar; que ligou para o Luiz Carlos Junior e sua irmã; que em seguida foram até a delegacia prestar queixa."

A irmã da vítima e o contratante dos serviços da vítima não trouxeram esclarecimentos relevantes quanto ao narrado na denúncia, pois não se encontravam presentes no local, quando os fatos ocorreram. Porém, seus depoimentos atestam o doloroso estado de ânimo e o sentimento de especial humilhação da vítima, quando foi, na mesma data dos fatos, à delegacia de polícia.

As duas enfermeiras inquiridas, arroladas pela defesa, alegaram não ter ouvido o réu proferindo ofensas contra a vítima, porém confirmam que o réu solicitou que a vítima saísse do local.

O réu foi condenado pela prática do crime previsto no art. 20, caput, da Lei nº 7.716/1989, à pena de 01 (um) anos, 03 (três) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, a ser

inicialmente cumprida em regime aberto. A pena privativa de liberdade foi substituída por 02 (duas) penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

O juízo a quo utilizou elementos contidos na ADO 26 e MI 4733 para a condenação.

1 ANÁLISE À LUZ DA ADO Nº 26/DF E DO MI Nº 4.733/DF

Inicialmente, os princípios da reserva legal e da anterioridade, no âmbito penal (*nullum crimen, nulla poena sine proevia lege*), exigem a existência de lei formal devidamente elaborada pelo Poder Legislativo, por meio das regras de processo legislativo constitucional (*lex scripta*), que a lei seja anterior ao fato sancionado (*lex proevia*) e que a lei descreva especificamente um fato determinado (*lex certa*).

Tal previsão é tradicional nas Constituições que caracterizam os Estados de Direito, e foi consagrada pelo art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26/8/1789.

No exercício jurisdicional, está vedada ao juiz a possibilidade de converter-se em legislador, criando novas figuras típicas ou novas sanções.

Nesse sentido, a Suprema Corte¹:

“A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do

legislador. Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 – RTJ 143/57 – RTJ 146/461-462 – RTJ 153/765, v. g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.”

No entanto, quando se está diante de uma omissão legislativa, há a possibilidade da interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) que está prevista no art. 103, §2º, da Constituição Federal.²

Tal ação é regulamentada pela Lei nº 12.063/2009 (esta Lei incluiu dispositivos na Lei nº 9.868/1999). Observa-se também a possibilidade de interposição de Mandado de Injunção (MI) que está previsto no art. 5º, LXXI da Constituição Federal³ e foi regulamentado pela Lei nº 13.300/2016.⁴

A partir da análise das leis mencionadas, é possível identificar as diferentes finalidades dessas ações.

A ADO tem por finalidade tornar efetiva norma constitucional. Em outras palavras, o objetivo principal da ADO é evitar que a Constituição Federal

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.690/Ceará. Partes: João Viane Gomes Rocha e outros. Relator Ministro Celso de Mello. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília. Publicado em 07/12/2006. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumerolncidente=%22MS%2022690%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em 14 dez 2022.

² Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...) § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 dez 2022.

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 dez 2022.

⁴ NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. Salvador. JusPodivm, 2021. p.506

seja violada por omissão dos Poderes Públicos. Portanto, a ADO é uma ação de controle abstrato.⁵

O MI tem como finalidade principal assegurar a supremacia da Constituição Federal e viabilizar o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas. A viabilização do exercício de direitos é feita por meio do controle concreto (ou incidental), que é aquele que tem por finalidade precípua a proteção de direitos subjetivos.⁶

É importante destacar que a interpretação conferida pelo STF faz com que os parâmetros das duas ações (ADO e MI) sejam basicamente o mesmo. Para que haja uma omissão inconstitucional, é necessário que a Constituição Federal determine que o Poder Legislativo ou Executivo faça algo e ele se omita. No caso da ADO, para que a omissão surja, em regra, é necessário que a norma constitucional não seja autoaplicável. Deve ser norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, é necessário que a norma dependa de uma vontade intermediadora para ser aplicada ao caso concreto.⁷

No caso do Mandado de Injunção, o parâmetro também é uma norma não autoaplicável (relacionada ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania).⁸

Todavia, a exceção fica por conta do Princípio de Proibição da Proteção Deficiente. Neste caso, a norma existe, mas ela não é suficiente para proteger o direito constitucional de forma adequada (omissão parcial), ou seja, existem normas na Constituição Federal que, embora sejam autoaplicáveis, também impõem aos Poderes Públicos o dever de agir para proteger e promover o direito fundamental consagrado. Quando o Poder Legislativo cria a lei, mas esta não é suficiente para a proteção do direito; ou quando o Poder Executivo atua no plano administrativo, mas as suas ações não são suficientes, há uma omissão parcial do poder público. A omissão parcial, nestes casos, pode ocorrer ainda que a norma parâmetro não seja norma de eficácia limitada, ou seja, pode ocorrer frente às normas autoaplicáveis.

Isso ocorre nos casos de Homofobia e Transfobia, uma vez que o art. 5º, XLI, da Constituição Federal estabelece que "A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais."

Ainda que não exista uma definição inequívoca a respeito do que são a homofobia e a transfobia, não há dúvidas de que constituem formas de discriminação atentatória de direitos e liberdades fundamentais.

O próprio constituinte, ao estabelecer comando para a edição de lei, optou por utilizar

conceitos jurídicos indeterminados, construindo enunciado que pode ser integrado à luz da realidade concreta de cada tempo.

O preconceito fundado na aversão à orientação sexual e/ou à identidade de gênero dos indivíduos dá ensejo à sistemática violação de direitos fundamentais da comunidade LGBTQIA+, grupo historicamente marginalizado.

Diante do cenário acima descrito, em 2012, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) impetrou mandado de injunção (MI) no Supremo Tribunal Federal no qual pediu o reconhecimento de que a homofobia e a transfobia se enquadrem no conceito de racismo ou, subsidiariamente, que sejam entendidas como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais. Com fundamento nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição Federal, a ABGLT sustentou que a demora do Congresso Nacional é inconstitucional, tendo em vista o dever de editar legislação criminal sobre a matéria (MI nº 4.733/DF)

Cerca de um ano depois, em 2013, o Partido Popular Socialista (PPS) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) na qual pediu que o STF declarasse a omissão do Congresso Nacional por não ter votado projeto de lei que criminaliza atos de homofobia. A ação foi proposta a fim de que seja imposto ao Poder Legislativo o dever de elaborar legislação criminal que puna a homofobia e a transfobia como espécies do gênero "racismo". (ADO nº 26/DF). A criminalização específica, conforme alegado, decorre da ordem constitucional de legislar quanto ao racismo - crime previsto no art. 5º, XLII da Constituição Federal - ou, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda, subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV). De acordo com as alegações, o Congresso Nacional tem se recusado a votar o projeto de lei que visa efetivar tal criminalização.

No julgamento das referidas ADO e MI, foi observado que havia omissão inconstitucional, sendo conferida interpretação, conforme à Constituição, aos tipos penais estabelecidos na Lei nº 7.716/89, para englobar, no conceito de racismo, eventual discriminação ou preconceito praticados em razão da orientação sexual da vítima. Ainda, foi reconhecido que as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação

⁵ NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. Salvador. JusPodivm, 2021. p.265.

⁶ Idem, 2021. p. 506

⁷ Idem, p.265 e 266

⁸ Idem, p.513.

sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716/1989. Senão vejamos:⁹

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBT+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII – A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE) POR OMISSÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO – A SITUAÇÃO DE INÉRCIA DO ESTADO EM RELAÇÃO À EDIÇÃO DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS NECESSÁRIOS À PUNIÇÃO DOS ATOS DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU DA IDENTIDADE DE GÊNERO DA VÍTIMA – A QUESTÃO DA “IDEOLOGIA DE GÊNERO” – SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA A COLMATAÇÃO DO ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL: (A) CIENTIFICAÇÃO AO CONGRESSO NACIONAL QUANTO AO SEU ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL E (B) ENQUADRAMENTO IMEDIATO DAS PRÁTICAS DE HOMOFOBIA E DE TRANSFOBIA, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME (QUE NÃO SE CONFUNDE COM EXEGESE FUNDADA EM ANALOGIA “IN MALAM PARTEM”), NO CONCEITO DE RACISMO PREVISTO NA LEI Nº 7.716/89 – INVIABILIDADE DA FORMULAÇÃO, EM SEDE DE PROCESSO DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE, DE PEDIDO DE ÍNDOLE CONDENATÓRIA FUNDADO EM ALEGADA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, EIS QUE, EM AÇÕES

CONSTITUCIONAIS DE PERFIL OBJETIVO, NÃO SE DISCUTEM SITUAÇÕES INDIVIDUAIS OU INTERESSES SUBJETIVOS – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MEDIANTE PROVIMENTO JURISDICIONAL, TIPIFICAR DELITOS E COMINAR SANÇÕES DE DIREITO PENAL, EIS QUE REFERIDOS TEMAS SUBMETEM-SE À CLÁUSULA DE RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI EM SENTIDO FORMAL (CF, art. 5º, inciso XXXIX) – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DOS REGISTROS HISTÓRICOS E DAS PRÁTICAS SOCIAIS CONTEMPORÂNEAS QUE REVELAM O TRATAMENTO PRECONCEITUOSO, EXCLUDENTE E DISCRIMINATÓRIO QUE TEM SIDO DISPENSADO À VIVÊNCIA HOMOERÓTICA EM NOSSO PAÍS: “O AMOR QUE NÃO OUSA DIZER O SEU NOME” (LORD ALFRED DOUGLAS, DO POEMA “TWO LOVES”, PUBLICADO EM “THE CHAMELEON”, 1894, VERSO ERRONEAMENTE ATRIBUÍDO A OSCAR WILDE) – A VIOLÊNCIA CONTRA INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBT+ OU “A BANALIDADE DO MAL HOMOFÓBICO E TRANSFÓBICO” (PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI): UMA INACEITÁVEL (E CRUEL) REALIDADE CONTEMPORÂNEA – O PODER JUDICIÁRIO, EM SUA ATIVIDADE HERMENÊUTICA, HÁ DE TORNAR EFETIVA A REAÇÃO DO ESTADO NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO AOS ATOS DE PRECONCEITO OU DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS CONTRA PESSOAS INTEGRANTES DE GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS – A QUESTÃO DA INTOLERÂNCIA, NOTADAMENTE QUANDO DIRIGIDA CONTRA A COMUNIDADE LGBT+: A INADMISSIBILIDADE DO DISCURSO DE ÓDIO (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, ARTIGO 13, § 5º) – A NOÇÃO DE TOLERÂNCIA COMO A HARMONIA NA DIFERENÇA E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS – LIBERDADE RELIGIOSA E REPULSA À HOMOTRANSFOBIA: CONVÍVIO CONSTITUCIONALMENTE HARMONIOSO ENTRE O DEVER

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/Distrito Federal. Partes Partido Popular Socialista e outros. Relator Ministro Celso de Mello. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília.

Publicado em 06/10/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=451505> 3. Acesso em 14 dez 2022.

ESTATAL DE REPRIMIR PRÁTICAS ILÍCITAS CONTRA MEMBROS INTEGRANTES DO GRUPO LGBTI+ E A LIBERDADE FUNDAMENTAL DE PROFESSAR, OU NÃO, QUALQUER FÉ RELIGIOSA, DE PROCLAMAR E DE VIVER SEGUNDO SEUS PRINCÍPIOS, DE CELEBRAR O CULTO E CONCERNENTES RITOS LITÚRGICOS E DE PRATICAR O PROSELITISMO (ADI 2.566/DF, Red. p/o acórdão Min. EDSON FACHIN), SEM QUAISQUER RESTRIÇÕES OU INDEVIDAS INTERFERÊNCIAS DO PODER PÚBLICO – REPÚBLICA E LAICIDADE ESTATAL: A QUESTÃO DA NEUTRALIDADE AXIOLÓGICA DO PODER PÚBLICO EM MATÉRIA RELIGIOSA – O CARÁTER HISTÓRICO DO DECRETO Nº 119-A, DE 07/01/1890, EDITADO PELO GOVERNO PROVISÓRIO DA REPÚBLICA, QUE APROVOU PROJETO ELABORADO POR RUY BARBOSA E POR DEMÉTRIO NUNES RIBEIRO – DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, PROTEÇÃO DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – A BUSCA DA FELICIDADE COMO DERIVAÇÃO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITA DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – UMA OBSERVAÇÃO FINAL: O SIGNIFICADO DA DEFESA DA CONSTITUIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO CONHECIDA, EM PARTE, E, NESSA EXTENSÃO, JULGADA PROCEDENTE, COM EFICÁCIA GERAL E EFEITO VINCULANTE – APROVAÇÃO, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DAS TESES PROPOSTAS PELO RELATOR, MINISTRO CELSO DE MELLO. PRÁTICAS HOMOFÓBICAS E TRANSFÓBICAS CONFIGURAM ATOS DELITUOSOS PASSÍVEIS DE REPRESSÃO PENAL, POR EFEITO DE MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO (CF, ART. 5º, INCISOS XLI E XLII), POR TRADUZIREM EXPRESSÕES DE RACISMO EM SUA DIMENSÃO SOCIAL – Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que

envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, "in fine"). NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE DIREITOS NEM SOFRER QUAISQUER RESTRIÇÕES DE ORDEM JURÍDICA POR MOTIVO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU EM RAZÃO DE SUA IDENTIDADE DE GÊNERO – Os integrantes do grupo LGBTI+, como qualquer outra pessoa, nascem iguais em dignidade e direitos e possuem igual capacidade de autodeterminação quanto às suas escolhas pessoais em matéria afetiva e amorosa, especialmente no que concerne à sua vivência homoerótica. Ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado de seus direitos (entre os quais o direito à busca da felicidade e o direito à igualdade de tratamento que a Constituição e as leis da República dispensam às pessoas em geral) ou sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero! Garantir aos integrantes do grupo LGBTI+ a posse da cidadania plena e o integral respeito tanto à sua condição quanto às suas escolhas pessoais pode significar, nestes tempos em que as liberdades fundamentais das pessoas sofrem ataques por parte de mentes sombrias e retrógradas, a diferença essencial entre civilização e barbárie. AS VÁRIAS DIMENSÕES CONCEITUAIS DE RACISMO. O RACISMO, QUE NÃO SE RESUME A ASPECTOS ESTRITAMENTE FENOTÍPICOS, CONSTITUI MANIFESTAÇÃO DE PODER QUE, AO BUSCAR JUSTIFICAÇÃO NA DESIGUALDADE, OBJETIVA VIABILIZAR A DOMINAÇÃO DO GRUPO MAJORITÁRIO SOBRE INTEGRANTES DE GRUPOS VULNERÁVEIS (COMO A COMUNIDADE LGBTI+), FAZENDO INSTAURAR, MEDIANTE ODIOSA (E INACEITÁVEL) INFERIORIZAÇÃO, SITUAÇÃO DE INJUSTA EXCLUSÃO DE

ORDEM POLÍTICA E DE NATUREZA JURÍDICO-SOCIAL – O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL ENTRE A REPRESSÃO PENAL À HOMOTRANSFOBIA E A INTANGIBILIDADE DO PLENO EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA – A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. TOLERÂNCIA

COMO EXPRESSÃO DA “HARMONIA NA DIFERENÇA” E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, POR REVESTIR-SE DE CARÁTER ABRANGENTE, ESTENDE-SE, TAMBÉM, ÀS IDEIAS QUE CAUSEM PROFUNDA DISCORDÂNCIA OU QUE SUSCITEM INTENSO CLAMOR PÚBLICO OU QUE PROVOQUEM GRAVE REJEIÇÃO POR PARTE DE CORRENTES MAJORITÁRIAS OU HEGEMÔNICAS EM UMA DADA COLETIVIDADE – As ideias, nestas compreendidas as mensagens, inclusive as pregações de cunho religioso, podem ser fecundas, libertadoras, transformadoras ou, até mesmo, revolucionárias e subversivas, provocando mudanças, superando imobilismos e rompendo paradigmas até então estabelecidos nas formações sociais. O verdadeiro sentido da proteção constitucional à liberdade de expressão consiste não apenas em garantir o direito daqueles que pensam como nós, mas, igualmente, em proteger o direito dos que sustentam ideias (mesmo que se cuide de ideias ou de manifestações religiosas) que causem discordância ou que provoquem, até mesmo, o repúdio por parte da maioria existente em uma dada coletividade. O caso “United States v. Schwimmer” (279 U.S. 644, 1929): o célebre voto vencido (“dissenting opinion”) do Justice OLIVER WENDELL HOLMES JR.. É por isso que se impõe construir espaços de liberdade, em tudo compatíveis com o sentido democrático que anima nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, para que o pensamento – e, particularmente, o pensamento religioso – não seja reprimido e, o que se mostra fundamental, para que as ideias, especialmente as de natureza confessional, possam florescer, sem indevidas restrições, em um ambiente de plena tolerância, que, longe de sufocar opiniões divergentes, legitime a instauração do dissenso e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções antagônicas, a concretização de valores essenciais à configuração do Estado Democrático de Direito: o respeito ao pluralismo e à tolerância. – O

discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações e manifestações que incitem a discriminação, que estimulem a hostilidade ou que provoquem a violência (física ou moral) contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, não encontra amparo na liberdade constitucional de expressão nem na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 13, § 5º), que expressamente o repele. A QUESTÃO DA OMISSÃO NORMATIVA E DA SUPERAÇÃO TEMPORAL IRRAZOÁVEL NA IMPLEMENTAÇÃO DE ORDENS CONSTITUCIONAIS DE LEGISLAR. A INSTRUMENTALIDADE DA AÇÃO DIRETA POR OMISSÃO NA COLMATAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional (como aquela que deriva do art. 5º, XLI e XLII, de nossa Lei Fundamental) – qualifica-se como comportamento revestido de intensa gravidade político jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados da Lei Fundamental. (ADI 1.458- - MC/Doutrina. Precedentes DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). – Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, do que a promulgar com o intuito de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos designios dos governantes ou de grupos majoritários, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos ou, muitas vezes, em frontal desrespeito aos direitos das minorias, notadamente daquelas

expostas a situações de vulnerabilidade. – A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nesse contexto, tem por objetivo provocar legítima reação jurisdicional que, expressamente autorizada e atribuída ao Supremo Tribunal Federal pela própria Carta Política, destina-se a impedir o desprestígio da Lei Fundamental, a neutralizar gestos de desprezo pela Constituição, a outorgar proteção a princípios, direitos e garantias nela proclamados e a obstar, por extremamente grave, a erosão da consciência constitucional. Doutrina. Precedentes do STF.”

Para além disso, fixou-se a seguinte tese na ADO nº 2610:

“Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); II - A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/Distrito Federal. Partes Partido Popular Socialista e outros. Relator Ministro Celso de Mello, 06 de out de 2020. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal

Federal, Brasília. Publicado em 06/10/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=451505> 3. Acesso em 14 dez 2022.

se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; III - O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito."

Quanto ao Mandado de Injunção nº 4.733/DF, fixou-se a seguinte tese¹¹:

"Mandado de injunção julgado procedente, para (1) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (2) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716 /89 a fim de estender a tipificação prevista para

os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero".

Assim, o STF, no julgamento conjunto da ADO nº 26/DF e do MI nº 4.733/DF, reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBTQIA+ e decidiu, por maioria, pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei nº 7.716/1989), até que o Congresso Nacional legisle sobre o assunto.

Diante, nos crime de racismo social por homofobia e transfobia aplica-se o tipo penal previsto no art. 20, caput, da Lei nº 7.716/1998.¹²

De mais a mais, a aplicação da Lei nº 7.716/1989 às condutas homofóbicas e transfóbicas, não é de aplicação analógica, o que houve, in casu, foi apenas interpretação conforme a Constituição.

Nas palavras do Min. Celso de Mello, na mencionada decisão:

"A solução propugnada não sugere a aplicação analógica das normas penais previstas na Lei 7.716/1989 nem implica a formulação de tipos criminais ou cominação de sanções penais. É certo que, considerado o princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal, o tema pertinente à definição de tipo penal e à cominação de sanção penal subsume-se ao âmbito das normas de direito material, de natureza eminentemente penal, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de parlamento. Assim, inviável, em controle abstrato de constitucionalidade, colmatar, mediante decisão desta Corte Suprema, a omissão denunciada pelo autor da ação direta, procedendo-se à tipificação penal de condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT. Na verdade, a solução ora proposta limita-se à

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 4.733/Distrito Federal. Partes: Associação Brasileira De Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT e outros. Relator Ministro Edson Fachin, 29 de setembro de 2020. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília. Publicado em 29/09/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432699/false>. Acesso em 14 dez 2022.

¹² Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa. BRASIL. Decreto-Lei nº

7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 14 dez 2022.

mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (Lei 7.716/1989), pois os atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido em sua dimensão social, ou seja, o denominado racismo social."

O crime em questão possui três núcleos ou ações típicas: praticar, induzir ou incitar. A prática, segundo a doutrina, "ocorre quando o agente perfaz a figura criminosa"¹³ "Como bem asseverado por Fábio Medina Osório e Jairo Gilberto Schafer: 'Praticar é o mais amplo dos verbos, porque reflete qualquer conduta discriminatória expressa. A ação de praticar possui forma livre, que abrange qualquer ato desde que idôneo a produzir a discriminação prevista no tipo."¹⁴

Acerca dos elementos necessários à consumação do ilícito, confira-se o entendimento de:

"Praticar é "o mais amplo dos verbos, porque reflete qualquer conduta discriminatória expressa. A ação de praticar possui forma livre, que abrange qualquer ato, desde que idôneo a produzir a discriminação prevista no tipo incriminador." Além disso, "praticar também vem a significar qualquer conduta capaz de exteriorizar o preconceito ou revelar a discriminação, englobando-se, por exemplo, os gestos, sinais, expressões, palavras faladas ou escritas e atos físicos".¹⁵

Bem por isso, é conduta que se confunde, em muitos casos, com as práticas já descritas nos demais tipos penais, de modo que somente restará caracterizado o crime do art. 20 em caso de prática de preconceito ou discriminação que não esteja prevista nos demais tipos da lei, aplicando-se, então, de forma subsidiária. Induzir é sugerir, provocar, de modo a criar em alguém a ideia discriminatória. Incitar é instigar, estimular, acoroçoar, fortalecer ou reforçar a ideia preconceituosa preexistente.

A título exemplificativo, entendeu-se configurado o crime nos casos seguintes:

a) do agente que "manifestou, em programa de televisão, ideias preconceituosas e discriminatórias em relação à raça indígena" (TRF4, AP 200104010717527, Castilho, 4ª S., u., 16/10/2002);

b) na conduta de "Escrever, editar, divulgar e comercializar livros 'fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias' contra a comunidade judaica" (STF, HC 82.424, Corrêa, PL, 17/09/2003);

c) do "agente que externa pensamentos pessoais desairosos e notoriamente etnocêntricos, imbuídos de aversão e menosprezo indistinto a determinado grupo social que apresenta homogeneidade cultural e linguística (comunidade indígena)" (TRF4, AC 200371010018948, Vaz, 8ª T., u., 05/04/2006);

d) da veiculação de preconceito contra negros, nordestinos e judeus, além da defesa do nazismo, em página na internet (TRF3, AC 00084398120084036181, Cecília Mello, 2ª T., u., 20/10/2011);

e) da criação de uma comunidade racista no sítio de relacionamento Orkut (TRF5, AC 200881000016774, Erhardt, 1ª T., u., 16/02/2012).

f) da incitação ao ódio público contra denominação religiosa e seus seguidores (STF, RHC 146303, Toffoli, 06/03/2018). 12.5.5.

Para que o Direito Penal atue eficazmente na coibição às mais diversas formas de discriminação e preconceito, importante que os operadores do Direito não se deixem influenciar apenas pelo discurso politicamente correto que a questão da discriminação racial hoje envolve, tampouco pelo nem sempre legítimo clamor social por igualdade. Mostra-se importante que, na busca pela efetividade do direito legalmente protegido, o julgador trate do tema do preconceito racial despido de qualquer preconceito ou de estigmas há muito arraigados em nossa sociedade, marcada por sua diversidade étnica e pluralidade social, de forma a não banalizar a violação de fundamento tão caro à humanidade e elencado por nossos constituintes como um dos pilares da República Federativa do Brasil: o da dignidade da pessoa humana, tipificado no art. 1º, III, da Constituição Federal.

Feito esse registro, para a aplicação justa e equânime do tipo penal previsto no art. 20 da Lei n. 7.716/89, tem-se como imprescindível verificar a presença do dolo específico na conduta do agente, que consiste na vontade livre e consciente de praticar, induzir ou incitar o preconceito ou discriminação racial, sem olvidar ainda a existência do chamado elemento

¹³ SILVA, José Geraldo e outros, *Leis Especiais Anotadas*, 9. ed. Millennium: SP, 2007, p. 303

¹⁴ SILVA, José Geraldo e outros. *Dos crimes de discriminação tipo incriminador e preconceito: anotações à Lei 8081, de 21.9.1990*. RT 714/329.

¹⁵ SANTOS, Christiano Jorge. *Crimes de preconceito e discriminação*. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

subjetivo especial, que exige seja perscrutado o motivo da eventual conduta discriminatória ou preconceituosa. Nesse sentido, da doutrina, tem-se¹⁶:

"Os crimes raciais são exclusivamente dolosos, não tendo sido prevista, em nenhuma hipótese, a modalidade culposa (princípio da excepcionalidade, como expresso no art. 18, parágrafo único, do CP). Assentou-se, pois, que o preconceito e a discriminação raciais não derivam de comportamento negligente, antes, da consciência e vontade deliberadas. Destarte, pratica dolosamente um crime racial aquele que, representando intelectualmente os elementos objetivos dos tipos legais de crime previsto na Lei n. 7.716/89, age livre e conscientemente no sentido de realizá-los."

À guisa de verificação do dolo, antes deve haver, portanto, a certeza quanto aos elementos objetivos da conduta real ou potencialmente discriminatória. Somente então, há de se proceder ao juízo de tipicidade subjetiva, indagando, em primeiro lugar, se o agente sabia e queria praticar ou coadunar-se com a discriminação racial.

"O preconceito responde, assim, pela última condição anímica do agente antes da prática discriminatória. E é justamente essa predisposição para agir que confere pleno significado à conduta material, circunscrevendo o desvalor jurídico-penal de ação. Deduz-se, pois, no exame do fato histórico, que a discriminação dificilmente teria ocorrido se inexistisse o preconceito, que lhe serviu de móvel, de inspiração, de estímulo, de impulso. Destarte, o preconceito é o estado de ânimo imediatamente anterior ao comportamento discriminatório, traduzindo-se na motivação que o agente trazia intimamente consigo (ou seja, o antecedente psicológico da ação), contribuindo, pois, para explicar, do ponto de vista causal, o acontecer futuro da discriminação."¹⁷

Em síntese, o tipo subjetivo consiste no dolo específico e o tipo objetivo consubstancia-se em praticar (levar a efeito, realizar), induzir/incitar (persuadir, convencer, estimular, incentivar, instigar) a discriminação ou o preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, orientação sexual ou de gênero.

Superado esse ponto, tem-se que o julgamento da ADO n° 26/DF e o MI n° 4.733/DF, representam marco importante na proteção de grupos minoritários, vulnerabilizados e, de regra, excluídos de proteção suficiente por parte do Estado e destaca o papel contramajoritário do Poder Judiciário.

Neste sentido, o Pretório Excelso¹⁸:

"(...) os precedentes (...) (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF) refletem, com absoluta fidelidade, a função contramajoritária que, ao Supremo Tribunal Federal, incumbe desempenhar no âmbito do Estado democrático de direito, em ordem a conferir efetiva proteção às minorias. Trata-se, na realidade, de tema que, intimamente associado ao debate constitucional suscitado nesta causa, concerne ao relevantíssimo papel que compete a esta Suprema Corte exercer no plano da jurisdição das liberdades: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica. Esse particular aspecto da questão põe em relevo a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, considerada a circunstância de que as pessoas que mantêm relações homoafetivas representam "parcela minoritária (...) da população", como esclarecem dados que a Fundação IBGE [Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística] coligiu no Censo /2010 e que

¹⁶ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos. Belo Horizonte: Del Rey. 2007, p. 148 a 151.

¹⁷ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos. Belo Horizonte: Del Rey. 2007, p. 148 a 151.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 477.554/ Minas Gerais. Partes: Edson Vander de Souza e outros.

Relator Ministro Celso de Mello. 26 de agosto de 2011. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília. Publicado em 26/08/2011. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumerolncidente=%22RE%20477554%22&base=acordaos&sinonimo=true&plurl=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em 14 dez 2022.

registram a existência declarada, em nosso País, de 60.000 casais homossexuais. O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevaletentes na sociedade brasileira, tem se mostrado infenso, no que se refere à qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais. Tal situação culmina por gerar um quadro de (inaceitável) submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários. É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado Democrático de Direito. Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão. Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a

agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional. Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional (...). Para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar, às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados, pois ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República. Isso significa, portanto, numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias, quaisquer que sejam, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação, o que subtrairia (...) o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País."

No entanto, embora as referidas ações tragam uma maior proteção, o preconceito fundado na aversão à orientação sexual e/ou à identidade de gênero dos indivíduos dá ensejo à sistemática violação de direitos

fundamentais da comunidade LGBTQIA+, grupo historicamente marginalizado.

CONCLUSÃO

No sentido de demonstrar a contínua violação antes referida, é de se observar que estatisticamente, o Brasil é o país que mais mata população LGBTQIA+. O Disque 10019, no ano de 2017 recebeu 1.720 denúncias de violação à Comunidade LGBTQIAP+. Desse universo de casos, 70,8% foram por discriminação; 53,3% são relatos de violência psicológica, e 31,8% reportam violência física. Com a colaboração do Grupo Gay da Bahia, também no ano passado, houve a contabilização de 445 assassinatos perpetrados contra pessoas LGBTQIAP+ representando um aumento de 30% em relação a 2016.²⁰

De acordo com o Grupo Gay da Bahia (GGB), com dados de 2021, ocorre uma morte de membros da comunidade LGBTQIAP+ a cada 29 horas. O levantamento foi feito em parceria com a Aliança Nacional LGBTI+. Houve 276 homicídios (92% do total) e 24 suicídios (8%) no ano passado. Os gays são metade das vítimas, com 153 casos (51%). Segundo o GGB, os homossexuais masculinos são, há quatro décadas, os mais atingidos pela violência. Depois, são as travestis e transexuais com 110 casos (36,7%), lésbicas com 12 ocorrências (4%), bissexuais e homens trans com 4 casos (1,3%). Há ainda uma ocorrência de pessoa não binária (que não se identifica com o gênero masculino ou feminino) e 01 heterossexual, confundido com um gay.²¹

O simples diagnóstico da gravidade da discriminação contra à Comunidade LGBTQIAP+, não vem sendo suficiente para impor ao poder público o dever de adotar medidas mais eficazes de combate todas as formas de discriminação de gênero e orientação sexual que as atualmente existentes.

Apesar de observarem-se iniciativas administrativas e legislativas de combate à discriminação, verifica-se que tais medidas, não têm sido suficientes. Verifica-se assim, que a insuficiente proteção estatal dos direitos fundamentais, pois ninguém pode ser privado de seus direitos e sofrer

discriminação em razão de sua orientação sexual ou em razão de sua identidade de gênero.

O exemplo apresentado inicialmente, demonstra conflito lastreado na cultura de não aceitação da diversidade, principalmente com relação às pessoas da Comunidade LGBTQIAP+.

Se todas as pessoas são únicas e especiais a seu modo, quem haveria de ser "mais" ou "melhor" do que o outro? Somos únicos como indivíduos e por isso somos diferentes uns dos outros. Mas nem todos veem a diferença com bons olhos, pois, o respeito ao outro, e aos seus direitos, é apenas um discurso em nossa sociedade.

Observamos que dentro de grupos ou camadas sociais existem infinitas diferenças, pois cada indivíduo é único, contudo igual. Assim somos iguais e diferentes.

O respeito à diversidade é imprescindível para qualquer sociedade justa. Precisamos construir bases sólidas e estruturas sociais que sejam efetivamente diversas e plurais. Para isso, é necessário atuar com disciplina, perseverança, mas acima de tudo, com alteridade, olhando uns para os outros; percebendo nossas diferenças e nossa pluralidade.

São essas diferenças a maior força da humanidade. Nós não somos sozinhos, precisamos uns dos outros. Se faz necessário olhar para o outro e enxergar que essa diversidade é a nossa maior vantagem. A diversidade é que move a humanidade no caminho do bem estar. O progresso, com justiça, está na nossa pluralidade e diversidade.

Os direitos humanos não são constituídos de uma só vez, nem de uma vez por todas. É uma construção permanente de avanços, arranjos e, às vezes, retrocessos. Assim, o reconhecimento e a valorização das diferenças é um exercício necessário para a vida pessoal e comunitária.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 dez 2022.

Partido Popular Socialista e outros. Relator Ministro Celso de Mello, 06 de out de 2020. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília. Publicado em 06/10/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 16 dez 2022

21 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Legislação Participativa Da Câmara Dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/noticias/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-populacao-lgbtqia-clp-aprova-seminario-sobre-o-tema>. Acesso em: 15 dez 2022.

¹⁹ GOV.BR. Denunciar violação de direitos humanos. O Disque 100 é um serviço de disseminação de informações sobre direitos de grupos vulneráveis e de denúncias de violações de direitos humanos, atendendo graves situações de violações que acabaram de ocorrer ou que ainda estão em curso, acionando os órgãos competentes e possibilitando o flagrante. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/denunciar-violacao-de-direitos-humanos#:~:text=As%20liga%C3%A7%C3%B5es%20podem%20ser%20feitas,Crian%C3%A7as%20e%20adolescentes>. Acesso em 16 dez 2022.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/Distrito Federal. Partes

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.690/Ceará. Partes: João Viane Gomes e outros. Relator Ministro Celso de Mello. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília. Publicado em 07/12/2006. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumerolIncidente=%22MS%2022690%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&ort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em 14 dez 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 14 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 477.554/ Minas Gerais. Partes: Edson Vander de Souza e outros. Relator Ministro Celso de Mello. 26 de agosto de 2011. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília. Publicado em 26/08/2011. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumerolIncidente=%22RE%20477554%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&ort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em 14 dez 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 4.733/Distrito Federal. Partes: Associação Brasileira De Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT e outros. Relator Ministro Edson Fachin, 29 de setembro de 2020. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília. Publicado em 29/09/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432699/false>. Acesso em 14 dez 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/Distrito Federal. Partes: Partido Popular Socialista e outros. Relator Ministro Celso de Mello, 06 de out de 2020. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília. Publicado em 06/10/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 14 dez 2022. AMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Legislação Participativa Da Câmara Dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/noticias/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-populacao-lgbtqia-clp-aprova-seminario-sobre-o-tema>. Acesso em 15 dez 2022. GOV.BR. Denunciar violação de direitos humanos. O Disque 100 é um serviço de disseminação de informações sobre direitos de grupos vulneráveis e de denúncias de

violações de direitos humanos, atendendo graves situações de violações que acabaram de ocorrer ou que ainda estão em curso, acionando os órgãos competentes e possibilitando o flagrante. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/denunciar-violacao-de-direitos-humanos#:~:text=As%20liga%C3%A7%C3%B5es%20podem%20ser%20feitas,Crian%C3%A7as%20e%20adolescentes>. Acesso em 16 dez 2022.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 16ª ed. Salvador. JusPodivm. 2021. P.265.

SANTOS, Christiano Jorge. Crimes de preconceito e discriminação. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

SILVA, José Geraldo e outros, Leis Especiais Anotadas, 9ª ed. Millenium: SP, 2007

INSIGHTS DE NEGÓCIOS E COMPETIVIDADE DO AGRONEGÓCIO NO MERCADO INTERNACIONAL



Heloísa Bagatin Cardoso¹

O agronegócio brasileiro tem se destacado cada vez mais no cenário internacional como um grande exportador de alimentos e um dos principais países responsáveis por garantir a segurança alimentar no mundo. Entretanto, a despeito da sua notória pujança, o mercado é competitivo e os players do agronegócio brasileiros precisam estar atentos as novas demandas e tendências dos mercados consumidores no exterior para manter a liderança nas tratativas.

¹ Servidora Pública. Palestrante, Escritora e Coordenadora de livros em direito agrário e agronegócio. Pós-Graduada em Direito do Agronegócio (IDCC). Especialista em Direito Aplicado (EMAP). Especialista em Direito Contemporâneo pelo Centro de Estudos Jurídicos Luiz Carlos). Bacharel em Direito (Unicuritiba). Tecnóloga em Comunicação Institucional e Empresarial (UTFPR). Coordenadora Nacional da União Brasileira dos Agraristas Universitários (UBAU), 2020-2022. Secretária Nacional da Comissão Nacional das Mulheres Agraristas da UBAU (CNMAU), 2019-2022. Membro da Comissão de Crédito e Financiamento Rural da UBAU, 2021-2022. Associada e Correspondente do Paraná da Academia Brasileira do Direito do Vinho (ABDVIN), 2019-2021. Membro da Associação Nacional dos Juristas Evangélicos (ANAJURE), 2015-2020. Conciliadora e Multiplicadora do Projeto Pacificar é Divino do TJPR.

Desta forma, serão apresentados alguns insights e estratégias de negócios para que o produtor rural, agroindústrias e tradings nacionais possam se destacar nas exportações, lucrado mais com valor agregado ao produto e tecnologia no campo, captando maior volume de recursos para investimento e fomento através do mercado de capitais, potencializando resultados através de uma boa gestão empresarial e aumentando as vendas com a participação em feiras e rodadas de negócios internacionais ou a utilização de ferramentas e plataformas *onlines*.

Palavras-Chave: Agronegócio; competitividade; mercado internacional

BUSINESS INSIGHTS AND AGRIBUSINESS COMPETITIVENESS IN THE INTERNATIONAL MARKET



Ruy Alves Henriques Filho²

Brazilian agribusiness has increasingly stood out on the international scene as a major food exporter and one of the main countries responsible for ensuring food security in the world. However, despite its notorious strength, the market is competitive and Brazilian agribusiness players need to be aware of the new demands and trends of consumer markets abroad to maintain leadership in negotiations.

² Professor e Magistrado. Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (1995). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Fundamentais e Processo Civil. Doutor pela Universidade de Lisboa (título reconhecido pela UFPR em 2020). Mestre pela Universidade Federal do Paraná (2008). Membro do Instituto Paranaense de Direito processual. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Diretor da Escola Judicial da América Latina. Membro do Fundo Penitenciário do Paraná. Professor do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR e da Escola da Magistratura do Paraná. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.



Crisley Scapini³

In this way, some insights and business strategies will be presented so that the rural producer, agroindustries and national trading companies can stand out in exports, profiting more with added value to the product and technology in the field, capturing a greater volume of resources for investment and promotion through the capital market, boosting results through good business management and increasing sales by participating in fairs and international business roundtables or using online tools and platforms.

³ Advogada, graduada pela Faculdade de Direito de Passo Fundo (UPF). Especialista em Contratos e Responsabilidade Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Especialista em Direito Agrário e Agronegócio pela Fundação do Ministério Público (FMP). Membro da União Brasileira dos Agraristas Universitários (UBAU). Membro e Presidente da Região Sul da Comissão Nacional das Mulheres Agraristas da UBAU (CNMAU). Membro representante da OAB/RS, Subseção de Ibirubá/RS, no Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente (CONDEMA). Escritora e Coordenadora do livro de direito agrário e agronegócio, "Direito Agrário na Prática: Casos Jurídicos Reais Sob a Percepção das Mulheres Agraristas".

INTRODUÇÃO

O agronegócio brasileiro tem se destacado cada vez mais no cenário internacional como um grande exportador de alimentos e um dos principais países responsáveis por garantir a segurança alimentar no mundo. Entretanto, a despeito da sua notória pujança, o mercado é competitivo e os players do agronegócio brasileiros precisam estar atentos as novas demandas e tendências dos mercados consumidores no exterior para manter a liderança nas tratativas.

Desta forma, serão apresentados alguns insights e estratégias de negócios para que o produtor rural, agroindústrias e tradings nacionais possam se destacar nas exportações, lucrando mais com valor agregado ao produto e tecnologia no campo, captando maior volume de recursos para investimento e fomento através do mercado de capitais, potencializando resultados através de uma boa gestão empresarial e aumentando as vendas com a participação em feiras e rodadas de negócios internacionais ou a utilização de ferramentas e plataformas online.

1 LUCRE MAIS

Quando falamos em lucro com certeza podemos citar o agronegócio brasileiro, prova disso é que mesmo após todas as dificuldades econômicas geradas pela pandemia do COVID-19, o setor do agro não apenas confirmou seu poder de expansão econômica, como também gerou alta lucratividade, pois foi um dos únicos setores que se manteve em ascensão.

De acordo com a pesquisa realizada pelo Cepea (Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada), da Esalq/USP, em parceria com a CNA (Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil), o PIB (Produto Interno Bruto) do agronegócio brasileiro cresceu 8,36% no ano de 2021, tendo o setor alcançado participação efetiva de 27,4% no PIB brasileiro.¹ Logo, se falarmos que a balança comercial do agronegócio fechou o ano de 2021 com um saldo positivo de US\$ 105,1 bilhões, restará evidente que as exportações brasileiras foram sinônimo de superação para o país.²

E é sobre esses recordes internos e do mercado internacional que muitas pessoas questionam: como fazer parte e poder gerar riquezas/lucrar com essa

megatendência que é o agronegócio brasileiro? A resposta é que para compreendermos o agronegócio do Brasil atual e do futuro devemos observar também o do passado que, sobretudo, é muito recente, pois em breves 40 anos o país saiu da condição de importador de alimentos para se tornar um grande provedor mundial.³

Nesse rumo, com relação ao sucesso do agronegócio brasileiro na exportação de alimentos, bem asseverou Octaciano Neto quando mencionou que o tripé responsável por essa evolução combinou biologia, química e mecanização, indo muito além do trivial ao promover uma tropicalização de produtos, especialmente sobre a componente biológica e de mecanização. Portanto, a tecnologia utilizada pelo Brasil ao longo desses anos conseguiu ampliar a segurança alimentar dos brasileiros, assim como de muita gente no mundo.⁴

Até aqui resta evidente que a recente trajetória de sucesso no agronegócio é fruto da combinação de fatores de aperfeiçoamento somados a abundância de recursos naturais de que o país dispõe, além das políticas públicas e da inigualável competência dos homens do campo. Contudo, esse processo é ou será suficiente para garantir o protagonismo do Brasil produtivo no mundo?

As tendências apontam para uma expectativa de mudanças importantes e significativas para os próximos anos na medida em que a classe média urbanizada e de maior renda passará a demandar produtos agrícolas de maior valor agregado, logo a manutenção do atual processo não será suficiente para atender a demanda de um mundo crescente.⁵

Nesse rumo, embora se supere a questão do crescimento populacional e da avultação da renda dos indivíduos, fatores responsáveis pelo aumento da demanda por alimentos, fibras e biocombustíveis, deve-se considerar que a constância do protagonismo brasileiro sobre a alta produtividade de suas culturas representa um grande desafio pois, há pouco terreno horizontal para expansão da agricultura no mundo, além da falta de mão-de-obra rural, majoração do valor da terra ou exigências legais de preservação das áreas e recursos naturais, que se mostram fatores determinantes para o surgimento de novas alavancas que, somadas as anteriores, poderão ser responsáveis

¹ CEPEA. PIB-AGRO/CEPEA: PIB DO AGRO CRESCE 8,36% EM 2021; PARTICIPAÇÃO NO PIB BRASILEIRO CHEGA A 27,4%. Disponível em: [² IPEA. Balança comercial do agronegócio brasileiro apresenta superávit de US\\$ 105,1 bilhões em 2021. Disponível em: Balança comercial do agronegócio brasileiro apresenta superávit de US\\$ 105,1 bilhões em 2021 \(ipea.gov.br\). Acesso em 2 abr 2022.](https://www.cepea.esalq.usp.br/br/releases/pib-agro-cepea-pib-do-agro-cresce-8-36-em-2021-participacao-no-pib-brasileiro-chega-a-27-4.aspx#:~:text=Diante%20do%20bom%20desempenho%20de,52%20C63%25%20C%20respectivamente. Acesso em 2 abr 2022.</p></div><div data-bbox=)

³ EMBRAPA. Trajetória da agricultura brasileira. Disponível em <https://www.embrapa.br/visao/trajetoria-da-agricultura-brasileira>. Acesso em 10 abr 2022.

⁴ NETO, Octaciano. II Mesa Redonda – As perspectivas do Agronegócio Brasileiro no mercado internacional. UBAU. Canal de TV Agrarista da UBAU do YouTube. 11 fev. 2022.

⁵ WACHHOLZ, Larissa. II Mesa Redonda – As perspectivas do Agronegócio Brasileiro no mercado internacional. UBAU. Canal de TV Agrarista da UBAU do YouTube. 11 fev. 2022.

pela consolidação das expectativas lançadas sobre o setor.

Nesse sentido, Octaciano Neto argumentou que, por não mais ser suficiente a existência do mencionado tripé (biologia, química e mecanização) para a manutenção do protagonismo brasileiro na produção mundial, as novas alavancas deverão ser combinadas às anteriores, tendo destacado para tanto a sustentabilidade, a transformação digital e o mercado de capitais.⁶

A alavanca da sustentabilidade está diretamente relacionada com o engajamento do Brasil às agendas internacionais referentes ao ESG (Environmental, Social and Governance), ou seja, a sustentabilidade reúne o compromisso do país com as questões ambientais, sociais e econômicas, sendo possível perceber que tais compromissos possuem estreita relação com a formação da imagem do Brasil no exterior.

Com os olhos voltados para essa oportunidade, a APEX-Brasil (Agência Brasileira de Promoção de Exportações e Investimentos), lançou em setembro do ano passado o Programa de Acesso a Mercados do Agronegócio Brasileiro 2021-2023 que visa "impulsionar as exportações a partir da melhoria da percepção de mercados internacionais estratégicos sobre os produtos do agronegócio brasileiro, por meio de um esforço concentrado de produção e disseminação de informações que destaquem a sustentabilidade, segurança e a tecnologia dos produtos."⁷

O fato é que o Brasil é um dos poucos países a conseguir atender, efetivamente, as agendas de sustentabilidade desenvolvidas pela ONU (Organização das Nações Unidas), respondendo a nível global quanto ao aumento da produtividade, segurança alimentar, desenvolvimento tecnológico e sustentabilidade ambiental, dada a posição de potência agroambiental do país em um cenário pós pandemia, com expressivo desenvolvimento humano e geração de riquezas.

Nesse cenário, inúmeras novas oportunidades surgem para a inovação na agricultura, uma vez que para o Brasil acelerar ou até mesmo manter sua capacidade produtiva deverá observar os critérios relacionados a sustentabilidade ao mesmo tempo em que expande sua produção para atender as

necessidades globais, considerando a segurança alimentar e a transformação digital no campo.

Logo, além de a agricultura digital ser capaz de propiciar tamanha (r)evolução, também é a resposta iminente a consolidação do desenvolvimento do agronegócio através da "inserção de tecnologias digitais em todas as fases da cadeia de valor tendo em vista a promoção de vantagens competitivas e benefícios socioambientais"⁸.

Por conseguinte, para tratarmos da alavanca relacionada a transformação digital devemos ter em mente a existência de um setor rural complexo dadas as dimensões territoriais que o Brasil apresenta, o que significa que o acesso à internet na área rural representa um dos maiores desafios atuais, mormente se considerarmos os dados publicados pelo IBGE, conforme último senso agropecuário, de 2017, quando mais de 70% das propriedades rurais sequer possuíam conexão.⁹

Nesse íterim, devemos considerar que com a necessidade de aprimoramento e expansão do setor existirão pelo menos três diferentes focos de investimentos para três diferentes públicos relacionados à conectividade, isto é, os pequenos, médios e grandes produtores rurais, tudo conforme estudo viabilizado pela ESALQ-USP para o MAPA (Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento), que assim considerou:

Grandes produtores: esse público tem a possibilidade de acesso à conectividade por iniciativa própria. O foco deve ser dado no aumento da produtividade via previsibilidade da produção (previsão de quebra de safra, acesso a seguro agrícola), automação dentro da porteira (agricultura de precisão, controle fitossanitário) e fora da porteira (rastreamento do produto até centros consumidores).

Agricultores familiares: para grande parte desse público há necessidade de conectividade fomentada via políticas públicas. O foco deve estar

⁶ NETO, Octaciano. II Mesa Redonda – As perspectivas do Agronegócio Brasileiro no mercado internacional. UBAU. Canal de TV Agrarista da UBAU do YouTube. 11 fev. 2022.

⁷ AGRO EM DIA. Programa vai promover imagem do agronegócio brasileiro no exterior. Disponível em <https://agroemdia.com.br/2021/09/15/programa-vai-promover-imagem-do-agronegocio-brasileiro-no-exterior/>. Acesso em 18 abr 2022.

⁸ MASSRUHÁ, Silvia Maria Fonseca S.; LEITE, Maria Angelica de Andrade; LUCHIARI JUNIOR, Ariovaldo; EVANGELISTA, Silvio Riberto Medeiros. Agricultura digital: pesquisa, desenvolvimento e inovação nas cadeias produtivas. Brasília, DF: Embrapa, 2020. cap. 1, p. 20-45. Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de-publicacoes/-/publicacao/1126214/a-transformacao-digital-no-campo-rumo-a-agricultura-sustentavel-e-inteligente>. Acesso em 18 abr 2022.

⁹ GLOBO. Apesar de expansão, mais de 70% das propriedades rurais no Brasil não têm acesso à internet. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2020/01/05/apesar-de-expansao-mais-de-70percent-das-propriedades-rurais-no-brasil-nao-tem-acesso-a-internet.ghtml>. Acesso em 18 abr 2022.

na inclusão digital via acesso à informação (incluindo educação e ATER virtual), controle da produção dentro da porteira (aplicativos para controle fitossanitário e monitoramento da produção), comunicação e organização econômica de produtores para a comercialização (acesso a mercados; redefinição de relações entre produtores, consumidores e pequenos varejistas; aumento do circuito de cadeias curtas; venda de produtos pela internet, formação de grupos de interesse, etc.).

Médios produtores: esse público acompanha as tendências do entorno, sendo mais semelhantes ao perfil dos familiares ou dos grandes dependendo da região em que está inserido. As estratégias para o médio e o grau de necessidade de fomento via políticas públicas variam em função dessas características geográficas, das cadeias produtivas e de sua eficiência. Médios pouco eficientes (em geral vinculados à pecuária extensiva) são mais dependentes de ações de fomento governamental para conectividade no meio rural do que os mais eficientes inseridos em cadeias produtivas de alto valor agregado.¹⁰

Mister ressaltar que mesmo com a realidade acima exposta e o desafio atual da conectividade no meio rural, o Brasil se consolidou como potência agroambiental e poderá ir muito além a partir de uma hiper conexão, fundamentada em inovação e conhecimento.¹¹

De acordo com o mesmo estudo encomendado pelo MAPA (Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento), promovido pela ESALQ-USP, temos que "a infraestrutura de cobertura rural ainda tem grande campo para investimentos públicos, privados ou em parceria"¹², isto é, a gama de investimentos possíveis sobre o setor do agronegócio oferece uma grande oportunidade e ultrapassa a própria concepção de dentro ou fora da porteira, impactando diretamente na disseminação de informação, auxílio técnico, compartilhamento de dados, precisão na tomada de decisões, aumento da produtividade e geração de riquezas.

Com novas tecnologias habilitadas para coletar informações e processar dados para um desempenho produtivo avançado, com aumento de produtividade e diminuição de custos de produção, a tendência é que a transformação digital se intensifique nos próximos anos, aproximando a agricultura do futuro ao presente, garantindo, inclusive, a possibilidade de diversificação não apenas de produtos, mas de consumidores e plataformas de negócios pois, seja qual for o cultivo, o propósito fundamental é o aumento da produção nas áreas já cultiváveis.

E, como em todos os setores, no agro não é diferente, para haver transformação deve haver investimento, mormente quando o objetivo é ampliar a produtividade e a competitividade mundial, razão pela qual o mercado de capitais entra como uma nova alavanca a ser combinada com as anteriormente relacionadas e recebe atenção especial dos investidores mais atentos ao mercado que estão em busca de oportunidades para ingressar no agronegócio brasileiro e despontar no comércio mundial, produzindo riqueza e gerando lucros.

Nesse sentido, Larissa Wachholz e Bruno Leite são objetivos ao considerar que existem desafios pretéritos que devem ser continuados, como a necessidade de diversificação, não apenas de produtos, mas também de parceiros, integrando os pequenos agricultores aos novos cultivos o que, conseqüentemente, reforçará a continuidade pelo objetivo de agregar valor aos produtos brasileiros, como ocorre na fase pós-produção (depois da porteira), em que a certificação e a rastreabilidade propiciam aos consumidores mais atentos o acompanhamento do produto ou produção desde a fazenda até os centros de distribuição, os quais deverão ser acessados não apenas do modo tradicional, mas a partir de um novo viés de interesse internacional, por meio de plataformas de e-commerce.

Nota-se que o setor do agronegócio traz em seu bojo a aplicação e os resultados de sustentabilidade exigidos pelas organizações mundiais e, de certa forma, pela própria sociedade, que se torna mais exigente e conhecedora das informações, porém, mesmo diante das expressivas cifras e porcentagens de lucratividade e participação no PIB nacional, o agronegócio permanece "sub-representado no mercado de capitais e sua participação na B3 não chega a 5% do valor de mercado na bolsa"¹³, situação que, talvez, esteja na iminência de tomar novos rumos, dada a especulação em torno das formas de investimento e lucratividade

¹⁰ GOVERNO DO BRASIL. Cenários e perspectivas da conectividade para o agro. Disponível em: *livro-conectividade-agro v2.indd (www.gov.br). Acesso em: 18 abr 2022.

¹¹ GOVERNO DO BRASIL. Cenários e perspectivas da conectividade para o agro. Disponível em: *livro-conectividade-agro v2.indd www.gov.br. Acesso em: 18 abr 2022.

¹² GOVERNO DO BRASIL. Cenários e perspectivas da conectividade para o agro. Disponível em: *livro-conectividade-agro v2.indd (www.gov.br). Acesso em: 18 abr 2022

¹³ FORBES. Mercado de Capitais e o Agro. Disponível em https://forbes.com.br/colunas/2021/04/helen-jacinto-mercado-de-capitais-e-o-agro. Acesso em: 18 abr 2022.

apresentadas pelas novas políticas públicas em torno do setor.

Por fim, é notório que as cifras e resultados que giram em torno do agronegócio impressionam e chamam a atenção dos mais atentos investidores e, considerando toda a expectativa e planejamento para crescimento deste setor, a necessidade de crédito para subsidiar essa expansão também precisou aumentar, estando dentre as supracitadas alavancas o denominado mercado de capitais, uma das mais novas e maiores molas propulsoras de lucratividade dentro deste setor. Portanto, não remanesçam dúvidas de que o agro é (e será ainda mais) um bom negócio.

2 CAPTE MAIS RECURSOS FINANCEIROS

O Brasil de importador de alimentos até a década de 1970 passou para exportador, alimentando hoje quase 1 bilhão de pessoas no mundo¹⁴. A projeção de crescimento populacional e de melhoria na qualidade de vida global prevê maior demanda de consumo de produtos alimentícios e necessidade de ampliar a escala de produção. O ex-Ministro da Agricultura Roberto Rodrigues acentua que segundo a agenda 2030 da ONU e pesquisas da FAO, o Brasil precisa aumentar a produção em 40% nos próximos anos para atender ao mercado consumidor¹⁵. E como elevar a produtividade neste nível num intervalo de tempo tão curto?

É necessário implementar mais tecnologia no campo. Assim, será possível ampliar a produtividade das áreas já existentes, como por exemplo a revolução que o plantio direto causou na produção brasileira, ou os novos sistemas de irrigação que permitiram a expansão agrícola no cerrado, a integração lavoura-pecuária-floresta, entre tantas outras inovações decorrentes do avanço de pesquisas científicas e tecnológicas¹⁶.

Contudo, para implemento de tecnologia e equipamentos mais modernos, o produtor rural e os demais agentes das cadeias produtivas precisam de recursos financeiros.

Atualmente, existem três principais fontes de recursos no agronegócio, cerca de 1/3 é oriundo do crédito rural oficial, via Plano Safra, 1/3 advém dos

recursos próprios do produtor rural e 1/3 são captados por operações de barter, através de triangularizações de contratos e trocas entre os próprios players do agronegócio¹⁷. Entretanto, dificilmente seria possível o aumento significativo de valores de tais fontes de recursos, a exemplo do crédito oficial que cada vez mais tem diminuído seu percentual de participação e os valores disponibilizados no Plano Safra insuficientes para atender todo o período, ocasionando insegurança ao setor. Desta forma, a tendência é a restrição do crédito rural oficial aos pequenos produtores, principalmente de agricultura familiar, ou para projetos específicos de fomento.

Portanto, a alternativa mais atraente para crescimento de investimentos financeiros no agronegócio é a captação de recursos via mercado de capitais. E o Fiagro - Fundos de Investimentos das Cadeias Produtivas Agroindustriais - instituído pela Lei 14.130/2021, pretende ser a principal ferramenta financeira no setor privado para conectar a cadeia do agronegócio que precisa de investimento aos investidores que buscam negócios seguros e com bom retorno de capital. Segundo Irini Tsouroutsoglou¹⁸ o Fiagro "Se estrutura como um fundo de investimentos com as vantagens de um fundo imobiliário, somando a recebíveis e aos que se caracterizam por investimento direto chamado private equity". Na síntese de Heloísa Bagatin Cardoso¹⁹: "O Fiagro é a ponte que liga o produtor rural aos investidores".

É um mercado em expansão, considerando que no Brasil apenas 3% da população investe em ações e somente 10% no mercado de capitais, enquanto nos Estados Unidos cerca de 55% investe em ações e 65% no mercado de capitais, de acordo com o relatório de análise de investidores na B320. Além do mais, os investimentos estão se popularizando através de empresas especializadas neste tipo de serviço, bem como diversas fintechs que prestam serviços personalizados, com produtos no mercado financeiro acessíveis para pequenos investidores e iniciantes, popularizando o acesso a Bolsa de Valores brasileira - B3. Precisa-se apenas ter uma evolução da cultura do brasileiro em investir no mercado de capitais, para que ele tenha mais conhecimento e se sinta mais seguro ao fazer as novas operações. Além do mais, o Fiagro também admite investidores estrangeiros, permitindo a

¹⁴ CONTINI, Elisio. ARAGÃO, Adalberto. O Agro brasileiro alimenta 800 milhões de pessoas. Embrapa. 04 mar 2021. Disponível em file:///C:/Users/Crisley/Downloads/Popula%C3%A7%C3%A3o%20alimentada%20pelo%20Brasil.pdf. Acesso em: 26 mar 2022.

¹⁵ RODRIGUES, Roberto. Apresentação. In Agro é paz: análises e propostas para o Brasil alimentar o mundo. Org. Roberto Rodrigues. Piracicaba: Esalq, 2018. p. 10.

¹⁶ GUANZIROLLI, Carlos Enrique. SABBATO, Alberio di. BUAINAIN, Antônio Marcio. Evolução da Agricultura Familiar no Brasil (1196-2017). In Uma Jornada pelos Contrastes do Brasil - Cem anos do Censo Agropecuário. Org. José Eustáquio Ribeiro Vieira Filho & José Garcia Gasques. Brasília: IPEA, IBGE, 2020. p. 196.

¹⁷ NETO, Octaciano. FIAGRO - Financiamento de Cadeias Agroindustriais. Congresso Brasileiro de Direito e Agronegócio. TJPR, EJD. 03 dez 2021.

¹⁸ TSOUROUTSOGLOU, Irini. Fiagro. In Coletânea de Artigos & Matérias: A voz feminina no Agronegócio. Coord. Heloísa Bagatin Cardoso. UBAU, 2022.

¹⁹ CARDOSO, Heloísa Bagatin. Mercado de Capitais e Fiagro. 2º Simpósio Gaúcho de Direito Agrário e Agronegócio. UBAU-FARSUL. 10 dez 2021.

²⁰ B3. Uma análise da evolução dos investidores na B3. Ago 2021. Disponível em: Book_PF-Agosto2021.pdf. Acesso em 26 mar 2022.

alocação de mais recursos para o agronegócio nacional. A Lei do Fiagro foi de autoria do Deputado Arnaldo Jardim e partiu da análise dos fundos imobiliários que já funcionavam de maneira satisfatória no mercado, propondo alterações na Lei 8.668/1993 e na Lei 11.033/2004 para poder atender o setor do agronegócio com agilidade de mercado.

Nesta fase inicial, os Fiagros serão regulamentados pela CVM – Comissão de Valores Mobiliários – com as mesmas normas aplicáveis aos fundos imobiliários e com a evolução dos fundos do agronegócio será promovido regulamento específico conforme a demanda de mercado, com base no art. 4º da Lei 8.668/1993.

Os Fiagros admitem como investidor tanto a pessoa física quanto à pessoa jurídica – a exemplo das instituições de fundos de renda fixa e dentro da sua carteira de negócios optam por aplicar em fundos agropecuários -, além do mais admite investidores nacionais e estrangeiros. Podem ser beneficiários dos Fiagros toda a cadeia produtiva agroindustrial de forma ampla, dentro e fora da carteira.

De início foram vislumbradas três categorias possíveis aos Fiagros, com fulcro no art. 3º da Lei 14.130/2021: imobiliário (Fiagro-FII), direito creditório (Fiagro-FIDC) e de fundo de participação (Fiagro-FIP).

No Fiagro Imobiliário o foco é o investimento em aquisição ou arrendamento de terras agrícolas, construção de armazéns, agroindústrias, e demais necessidades no âmbito da infraestrutura imobiliária do agronegócio. Esta forma de fundo de investimento pode ser uma alternativa para o planejamento sucessório, considerando a possibilidade do imóvel rural ser integralizado no fundo e administrado por este, enquanto são distribuídas as cotas do bem aos sucessores.

Os Fiagros-FIDC investem nos direitos creditórios decorrentes de títulos de crédito do agronegócio, especialmente os Certificados de Recebíveis do Agronegócio (CRA) e a Letra de Crédito do Agronegócio (LCA), os quais recebem lastro e certificação securitária e passam a integrar o fundo para serem negociados na bolsa de valores.

E, por fim, também há os fundos de cotas de participação para investir na compra de cotas de empresas agroindustriais.

Para estruturar os Fiagros existem algumas etapas e players necessários, seguindo um procedimento semelhante a securitização de recebíveis elencada por Adriano Boni de Souza²¹. Numa ponta é preciso o agente agrupador dos beneficiários do fundo, que integram a cadeia produtiva agroindustrial, podendo este papel ser exercido por cooperativas,

agritechs especializadas etc. Na sequência, o agente estruturador do fundo e securitizador para criar e desenvolver o produto financeiro que será objeto de investimento, observando os requisitos legais e regulatórios do mercado. Após a estruturação do fundo e a criação do produto a ser colocado no mercado se faz necessária a inscrição na Bolsa de Valores Brasileira (B3) e na Comissão de Valores Mobiliários (CVM), que são independentes, porém possuem papel complementar. Na bolsa tem um gestor de análise de crédito e acompanhamento de fundo, que será responsável também pela distribuição de rendimentos. Além do mais, o fundo passa por uma agência classificadora de risco do produto para avaliar a modalidade do investimento. E em todas as etapas para formação dos Fiagros precisam de análise jurídica, para averiguar se os títulos emitidos têm lastro, a regularidade das propriedades, due diligence no tocante a eventuais passivos trabalhistas, ambientais, averiguação se a avaliação do grau de risco está adequada etc. Ademais, o agronegócio possui riscos diferenciados dos outros setores da economia em virtude das questões atinentes aos ciclos agrobiológicos e que precisam ser levadas em consideração, de modo que a busca por uma assessoria especializada é primordial para bons resultados.

Para Larissa Wachholz²², "Apesar do setor dialogar pouco ainda com o mercado de capitais, o Fiagro encoraja os agricultores a se adequarem a normas de transparência e de governança porque traz a possibilidade de ter cotas de capital e não meras garantias", e ainda destaca que os fundos podem promover e incentivar projetos coletivos com critérios sociais e ambientais bem estabelecidos, como a agricultura familiar, as comunidades ribeirinhas, na Amazônia, etc.

Para o investidor o Fiagro apresenta algumas vantagens do ponto de vista tributário, como isenção de imposto de renda para fundos com mais de 50 cotistas pessoas físicas, e que cada cotista não tenha mais de 10% do fundo ou que permita o recebimento de mais de 10% do total de rendimentos auferidos pelo fundo, a teor do art. 4º, da Lei 14.130/2021. Para as demais hipóteses, o imposto de renda nos ganhos de capital é de 20% sobre o rendimento, no resgate de cotas de 20% sobre a fonte, e nos demais casos de alienação a alíquota de 20% observa as "normas aplicáveis aos ganhos de capital ou aos ganhos líquidos auferidos em operações de renda variável", conforme art. 3º da Lei do Fiagro. Outro benefício para os investidores do Fiagro Imobiliário é a possibilidade de pagamento diferido do imposto de renda no caso de alienação do imóvel ou

²¹ SOUZA, Adriano Boni. Securitização de Recebíveis da Agroenergia: um estudo de caso baseado em títulos do agronegócio. Dissertação mestrado – Escola de Economia São Paulo – FGV, 2010. p. 56-60.

²² WACHHOLZ, Larissa. II Mesa Redonda – As perspectivas do Agronegócio Brasileiro no mercado internacional. UBAU. Canal de TV Agrarista da UBAU do YouTube. 11 fev. 2022.

liquidação do fundo, não sendo necessário pagar o IR quando da integralização do bem.

Quem vai captar mais recursos financeiros no mercado de capitais? Os produtores rurais e empresas das cadeias agroindustriais que tem uma boa gestão empresarial e financeira, promovem práticas de ESG, tem políticas de compliance, pois vão oferecer mais segurança e liquidez aos investidores dos Fiagros e, conseqüentemente, um volume maior de investimentos.

3 POTENCIALIZE RESULTADOS

Constantemente ouvimos que "o agronegócio é uma empresa a céu aberto" e, total veracidade paira sob tal assertiva. A atividade desenvolvida no campo está amplamente relacionada aos fatores de risco, seja de mercado ou naturais, logo, assim também são com os resultados neste setor, diretamente atrelados ao gerenciamento desses riscos quando da produção e tomada de decisões, dentro ou fora da porteira, uma vez que alcançam não apenas os produtores, mas também distribuidores e financiadores.

Nesse cenário, para que o alto desempenho seja atingido, seja qual for o setor que integra esse mercado (primário, secundário, terciário etc), é fundamental que os gestores o compreendam como a empresa que de fato se diz ser, logo há indispensabilidade de novos investimentos, otimização de tempo, espaço e de processos.

Notadamente que a aplicação das referidas alavancas (biologia, química, mecanização, sustentabilidade, transformação digital e mercados de capitais) ajudarão ainda mais a habilitarmos a superação dos novos desafios impostos por um mercado exigente, quais sejam: segurança alimentar e a imagem do Brasil para o mundo²³, porém, concomitante a expansão do setor estão os riscos, senão vejamos:

A agricultura contemporânea se caracteriza pelo uso intensivo do capital. Pode ser gigantesco o prejuízo financeiro com uma seca inesperada, uma geada forte, uma quebra de safra ou uma baixa repentina nos preços. Os resultados da atividade agrícola estão relacionados à qualidade das diversas decisões dos agricultores, antes, durante e após o processo produtivo. São três as perguntas

básicas: o que produzir, como produzir e para quem produzir. Os agricultores precisam decidir qual cultivo ou criação adotar, qual tecnologia empregar, qual a forma de financiamento e até mesmo que estratégia de comercialização adotar. Ao tomar essas decisões, os agricultores levam em conta, consciente ou inconscientemente, os riscos".²⁴

Vale lembrar que os riscos associados aos fatores climáticos são os tradicionalmente conhecidos e mencionados, contudo, o setor enfrenta uma série de ameaças associadas que devem receber a devida atenção, como riscos sanitários, de crédito, infraestrutura, comercialização interna e externa, ambientais, biológicos, energéticos etc.

Nesse rumo, as gestões empresariais e financeiras se tornam inseparáveis em qualquer setor da cadeia produtiva do agronegócio, obtendo vantagem quem apresentar maior eficiência nessas gestões, e isso depende unicamente do quão eficiente for o gestor de riscos do empreendimento/propriedade rural e a capacidade de lucro que for capaz de gerar.

Vale ressaltar que, via de regra, o produtor rural é altamente engajado em sua produção, seja qual for o cultivo ou produto gerado, por duas razões básicas, paixão pelo ofício e a busca pelo resultado da eficiência, isto é, o lucro. Ademais, importa considerar que todo produtor ou investidor está propenso a tratar com riscos em sua carteira de investimentos, sendo o gerenciamento a forma de identificar os motivos que possam causar prejuízos à toda estruturação.

Dessa forma, alguns processos devem ser adotados para a potencialização dos resultados, isto é, existem estratégias capazes de gerar eficiência na gestão e, conseqüentemente, superar os desafios, podendo-se citar inúmeras derivativas das próprias alavancas de desenvolvimento para manutenção da larga produtividade brasileira. À vista disso a gestão eficiente se torna o primeiro e mais importante fator à potencialização de qualquer resultado, seja qual for a alavanca habilitada.

Quando pensamos em geração de lucro, por exemplo, automaticamente associamos a necessidade de produzir mais, com maior qualidade e segurança, em menor tempo e com menor custo, assim sendo, a transformação digital e a tecnologia aplicadas a gestão são potenciais para permitir que os líderes trabalhem com uma tomada de decisões mais acertada,

²³ LEITE, Bruno. WACHHOLZ, Larissa. II Mesa Redonda – As perspectivas do Agronegócio Brasileiro no mercado internacional. UBAU. Canal de TV Agrarista da UBAU do YouTube. 11 fev. 2022.

²⁴ EMBRAPA. Riscos na agricultura. Disponível em <https://www.embrapa.br/visao/riscos-na-agricultura#:~:text=%C3%89%20uma%20atividade%20de%20ris>

co,uma%20baixa%20repentina%20nos%20pre%3%A7os.. Acesso em: 10 abr 2022.

direcionada às metas de curto, médio e longo prazo, tornando-se mais eficiente.

É fato que a partir da implementação tecnológica, os instrumentos de crédito, possibilidades de comercialização nacional e internacional e todo e qualquer tipo de auxílio técnico estão e estarão cada vez mais à disposição do produtor rural, portanto, o emprego da tecnologia atua como verdadeiro suporte para o gerenciamento dos riscos, além do próprio desenvolvimento produtivo. Ainda, a transformação digital é capaz de agregar valor aos diferentes setores do agronegócio, uma vez que permite a diversificação da produção com menor dano ao meio ambiente e maior rastreabilidade, evitando perdas.

E quando falamos em meio ambiente, filiado importante do setor do agronegócio, instantaneamente associamos a questão toda à sustentabilidade, isto é, o uso racional dos recursos naturais disponíveis mediante a preservação ambiental e implementação de novas tecnologias e metodologias na atividade produtiva. Nesse viés, a sustentabilidade visa, além de proteger o meio ambiente, que é o terreno fértil do agronegócio, uma vez que o Brasil tem a melhor combinação de ativos para agricultura no mundo, faixas de terras, clima, água, população engajada etc.,²⁵ promover mudanças positivas que representam, acima de tudo, negócios mais responsáveis, transparentes, competitivos e, novamente, mais eficientes, estabelecendo um padrão de fortalecimento de imagem nacional perante a comunidade internacional.

Acerca da competitividade no mercado, tem-se que o mercado de capitais atrelado a transformação digital tem a capacidade de desenvolver produtos para o mercado, sendo uma otimizada estratégia de gestão, portanto, diversificar a produção, os parceiros, os negócios, as metodologias etc., pois "no momento em que o produtor atinge certa maturidade nos negócios, ou seja, quando o ganho de escala já não traz melhorias significativas nas margens, é a hora de começar a pensar em diversificar os investimentos, que podem ser tanto voltados para outra commodity, como outra região ou outro elo da cadeia, como o beneficiamento ou a industrialização. Cada negócio tem sua própria complexidade operacional, comercial e financeira, fatores que devem estar no radar dos produtores".²⁶

Portanto, o produtor/investidor deve ter suas metas bem definidas, seja para curto, médio ou longo prazo, com análise de riscos e eficiência, verificada a

possibilidade de escalabilidade e competitividade de seu produto, devendo sempre considerar que a capacidade e utilidade da diversificação é se todas as atividades se manterem bem-feitas, isto é, eficientes, caso contrário a recomendação é direcionar a energia para apenas um segmento, para que este, enfim, seja eficiente e lucrativo de fato.

Sob essa ótica de resultados e sustentabilidade, há uma evidente sinalização à "expansão das estruturas de financiamento e investimento na cadeia produtiva do agronegócio, inclusive com forte incentivo à participação do mercado de capitais, onde tivemos a aprovação de dois marcos regulatórios: a Lei 13.986/2020, conhecida como Lei do Agro, e a Lei 14.130/2021, que instituiu o já festejado Fiagro."²⁷

Cumprir mencionar, por fim, a relevância de que se conheça do próprio negócio, pois existem riscos que não podem ser controlados especificamente, contudo, podem ser gerenciáveis, logo, a assistência técnica por meio de profissionais qualificados a orientar na tomada de decisões e auxiliar no equilíbrio do gerenciamento de riscos é fundamental para triangularizar preço, escala e custo.

4 VENDA MAIS E MELHOR

Um bom ambiente de negócios é essencial para aumentar o volume de vendas e por um preço melhor, afinal de nada adianta uma boa safra se não tiver para quem vender e negociar. Com o avanço da tecnologia e da globalização é muito fácil pessoas e empresas se conectarem e estabelecerem relações comerciais de qualquer parte do mundo e existem espaços, instrumentos e ferramentas que propiciam essas interações, inclusive, para os produtos do agronegócio brasileiro no comércio exterior. O diplomata Bruno Leite²⁸ destaca que com as facilidades dos meios eletrônicos é possível encontrar novos nichos e mercados de luxo.

O Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) em parceria com o Ministério das Relações Exteriores (MRE) e com o apoio da Agência Brasileira de Promoção de Exportações e Investimentos (ApexBrasil) viabilizam a participação em feiras internacionais de promoção comercial no exterior de representantes brasileiros de empresas, exportadoras, tradings, entidades setoriais e cooperativas para

²⁵ LEITE, Bruno. II Mesa Redonda – As perspectivas do Agronegócio Brasileiro no mercado internacional. UBAU. Canal de TV Agrarista da UBAU do YouTube. 11 fev. 2022.

²⁶ PORTAL DO AGRONEGÓCIO. Qual o momento certo para diversificar os investimentos no agronegócio? Disponível em: <https://www.portaldoagronegocio.com.br/gestao-rural/analise-de-mercado/artigos/qual-o-momento-certo-para-diversificar-os-investimentos-no-agronegocio>. Acesso em 10 abr 2022.

²⁷ INFOMONEY. A revolução no campo: governança, mercado de capitais e um novo agro. Disponível em:

<https://www.infomoney.com.br/colonistas/convidados/a-revolucao-no-campo-governanca-mercado-de-capitais-e-um-novo-agro/>. Acesso em 10 abr 2022

²⁸ LEITE, Bruno. II Mesa Redonda – As perspectivas do Agronegócio Brasileiro no mercado internacional. UBAU. Canal de TV Agrarista da UBAU do YouTube. 11 fev. 2022.

promoverem produtos de origem brasileira. Os eventos em diversos países são previamente divulgados no site do MAPA e os interessados podem se inscrever e participar do processo seletivo para a feira internacional, sendo importante possuir site em inglês para o preenchimento do cadastro. O MAPA e MRE são responsáveis por todo o espaço do estande e a produção do catálogo do Pavilhão Brasil, enquanto os selecionados para participar das feiras internacionais arcam com suas despesas pessoais e o envio das amostras e produtos expostos, além de outras ações de marketing e iniciativas de promoção nos eventos²⁹.

Para contribuir ainda mais com as exportações dos produtos brasileiros do agronegócio, em março de 2020, a Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA) em parceria com a ApexBrasil lançaram o Projeto Agro.BR³⁰ que visa capacitar os pequenos e médios produtores rurais para comercializarem no mercado internacional e aumentar a pauta exportadora. Os consultores e escritórios regionais do Agro.BR auxiliam de forma gratuita os interessados no processo de planejamento e exportação, desde a reunir a documentação necessária para o comércio exterior – o que inclui o Radar junto à Receita Federal, nota fiscal, fatura comercial e romaneio de carga –, até estratégias de marketing, comunicação, bem como a organização de feiras e rodadas de negócios para aproximar os compradores estrangeiros do produtor rural brasileiro. As palestras e encontros podem ser realizados de forma online entre os produtores e treinadores do Agro.BR, com a possibilidade de participar de programas de capacitação oferecidos pelo Senar e parceiros. Para exportar, é importante que os produtores possuam CNPJ e reúnam diferenciais para os seus produtos, como certificações internacionais, selos de qualidade, sistema de rastreabilidade, e possuam uma equipe e estratégias de vendas direcionadas ao mercado externo, como funcionários que tenham conhecimento em língua estrangeira, bem como sites e material publicitário no idioma do país que se pretende negociar. Para minimizar os custos e aumentar as chances de sucesso do empreendimento no exterior, os produtores podem se reunir em associações e cooperativas, promovendo as vendas e logística de entrega de forma coletiva. Para Bruno Leite³¹, a plataforma de e-commerce contribui para a exportação com a possibilidade de distribuição dos

produtos pelo correio, com queda do custo do frete. Entretanto, o especialista entende que esta questão de logística e transporte precisa ser melhor desenvolvida pelo Brasil, considerando que o país não está numa rota estratégica de navegação e que poderia ampliar a importação de produtos estrangeiros, para aumentar o fluxo de transporte e containers entre os países de outros continentes, criando um giro mais rápido e de menor custo de distribuição de produtos no exterior. Vale destacar, que nos dois primeiros anos do projeto Agro.BR já obteve mais de mil produtores rurais cadastrados e muitas histórias de sucesso, de agricultores familiares que conseguiram inserir seus produtos – geleias, doces, cafés especiais, cerveja etc –, no mercado internacional, em países da Europa e China, por exemplo.

Segundo Larissa Wachholz³², vale destacar que o mercado chinês é de expressiva importância, considerando que a China representa mais de 40% do volume das exportações realizadas pelo Brasil e destes cerca de 20% são de produtos agrícolas, principalmente, o fornecimento de grãos, em especial a soja, para implementação de proteína animal, tendo em vista o aumento do consumo de carne naquele país em decorrência do desenvolvimento econômico, com processo de urbanização, demandando alimentos com maior valor proteico e nutricional. Ademais, a especialista indica que nos próximos anos ocorrerá a desaceleração da economia chinesa e, conseqüentemente, do volume consumido, porém o mercado priorizará a qualidade dos produtos, com maior valor agregado, inclusive, com práticas de sustentabilidade e segurança sanitária, podendo o Brasil ampliar a pauta exportadora, com diversificação de produtos de nicho.

Outra tendência acentuada por Wachholz³³ é que os chineses desejam acessar os produtos por novos meios, como o comércio eletrônico e para tanto o Brasil precisa promover e fortalecer a imagem dos produtos brasileiros no exterior, para que os consumidores estrangeiros conheçam a gama de ofertas e possibilidades oferecidas pelos produtores rurais e da agroindústria nacional. A autora Renata Thiébaud³⁴, com apoio do Conselho Empresarial Brasil-China, CNA e Klabin, produziu o relatório "As oportunidades e desafios para empresas brasileiras no maior mercado de e-commerce do mundo China", que tem por objetivo

²⁹ Governo do Brasil. Inscrever-se em eventos de promoção comercial no exterior. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/participar-de-feiras-de-agronegocio>. Acesso em 10 abr 2022

³⁰ CNA. Agro.BR. Disponível em <https://www.cnabrazil.org.br/agrobr> Acesso em 10 abr 2022.

³¹ LEITE, Bruno. II Mesa Redonda – As perspectivas do Agronegócio Brasileiro no mercado internacional. UBAU. Canal de TV Agrarista da UBAU do YouTube. 11 fev. 2022.

³² WACHHOLZ, Larissa. II Mesa Redonda – As perspectivas do Agronegócio Brasileiro no mercado internacional. UBAU. Canal de TV Agrarista da UBAU do YouTube. 11 fev. 2022.

³³ WACHHOLZ, Larissa. II Mesa Redonda – As perspectivas do Agronegócio Brasileiro no mercado internacional. UBAU. Canal de TV Agrarista da UBAU do YouTube. 11 fev. 2022.

³⁴ THIÉBAUD, Renata. As oportunidades e desafios para empresas brasileiras no maior mercado de e-commerce do mundo China. Disponível em: [Ecommerce_21jan22_completo2 \(5\).pdf](#) Acesso em: 12 abr 2022.

contextualizar a relação bilateral de negócios entre Brasil-China, indicar a legislação chinesa para comércio eletrônico em marketplaces, como por exemplo o Alibaba, e as etapas necessárias para comercializar os produtos brasileiros no mercado chinês de forma online.

O trade de negócios Marcos Vaena³⁵, da Corporação Finaceira Internacional (IFC) pertencente ao Grupo do Banco Mundial, explica que a instituição também oferece apoio ao procedimento de comercialização de produtos do agronegócio no exterior, com pesquisas de viabilidade, estudos técnicos de mercado, e como vencer os desafios e implementar o trabalho de acesso a mercados via e-commerce, com análise da regulamentação de cada país, viabilização do pagamento e movimentação financeira internacional, infraestrutura e logística de entrega. Vaena destaca ainda a atuação do Centro de Comércio Internacional, da ONU, que desenvolveu um programa de formação de e-commerce para exportação com tutoriais e cursos gratuitos, a fim de criar soluções para desenvolver cadeia de valor para o produtor rural e ter acesso direto ao consumidor final, independentemente da localidade deste.

Portanto, vai vender mais e melhor os setores do agronegócio que prepararem as suas empresas e adaptarem seus produtos para as exigências e necessidades do mercado internacional, estabelecendo relações comerciais tanto em espaços físicos, como feiras internacionais e rodadas de negócio, ou por intermédio das ferramentas eletrônicas, como sites e marketplaces especializados em produtos estrangeiros, conseguindo acessar o consumidor final, com ou sem intermediários

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, depreende-se que o agronegócio no Brasil passa por uma (r)evolução de novas práticas, com forte pressão internacional para ampliação da produção, mas ao mesmo tempo com exigência de desenvolvimento sustentável. Na medida em que o mundo é cada vez mais globalizado, o produtor rural e os demais atores da cadeia produtiva podem explorar novos mercados e nichos de atuação, ampliando as relações comerciais, inclusive, no exterior.

Neste ambiente de negócios competitivo, os players do agronegócio precisam estar atentos aos insights, dicas e tendências de mercado para garantir sua expansão e maior lucratividade. Assim, sairão na frente as empresas do agro brasileiro que além dos investimentos nas tradicionais alavancas do setor

produtivo (biologia, química e mecanização) conseguirem implementar e se inserir nas novas alavancas negociais (sustentabilidade, transformação digital e mercado de capitais).

Como diferencial, os produtos e serviços comercializados precisarão de maior valor agregado, o que implica na utilização de tecnologias para ampliar produtividade, mas também sistemas mais inteligentes de métodos de produção e critérios de qualidade e sustentabilidade, com procedimentos de certificação e rastreabilidade, além da utilização da conectividade para desenvolver novas formas de venda.

Nesse sentido, pode-se afirmar que os produtores rurais e empresas das cadeias agroindustriais que tem uma boa gestão empresarial e financeira - promovem práticas de ESG, tem políticas de compliance - conseguirão captar mais recursos no mercado de capitais, pois oferecem mais segurança e liquidez aos investidores dos Fiagros e, conseqüentemente, recebem um volume maior de investimentos.

Com a utilização das alavancas anteriormente mencionadas, é possível otimizar resultados através de uma boa gestão empresarial, com conhecimento do próprio negócio e administração dos riscos inerentes a própria atividade, utilizando-se dos recursos disponíveis para sua prevenção e mitigação. Logo, a assistência técnica por meio de profissionais qualificados a orientar na tomada de decisões e auxiliar no equilíbrio do gerenciamento de riscos é fundamental para triangularizar preço, escala e custo.

Terá maior projeção no mercado internacional as empresas do agronegócio brasileiro que adaptarem seus produtos e atendimento para o comércio exterior, participando de feiras internacionais e rodadas de negócio, utilizando ferramentas eletrônicas, como sites e marketplaces especializados em produtos estrangeiros, para dar destaque e competitividade ao seu produto ou serviço nestes novos ambientes de negócios

³⁵ VAENA, Marcos. II Mesa Redonda – As perspectivas do Agronegócio Brasileiro no mercado internacional. UBAU. Canal de TV Agrarista da UBAU do YouTube. 11 fev. 2022.

REFERÊNCIAS

AGRO EM DIA. Programa vai promover imagem do agronegócio brasileiro no exterior. Disponível em: <https://agroemdia.com.br/2021/09/15/programa-vai-promover-imagem-do-agronegocio-brasileiro-no-exterior/>. Acesso em 18 abr 2022.

B3. Uma análise da evolução dos investidores na B3. Ago 2021. Disponível em: [Book_PF-Agosto2021.pdf](#) Acesso em 26 mar 2022.

CANAL RURAL. Produção de alimentos precisará crescer 70%, conclui FAO. Disponível em: <https://www.canalrural.com.br/noticias/producao-alimentos-precisara-crescer-conclui-fao-44110/>. Acesso em 18 abr 2022.

CARDOSO, Heloísa Bagatin. Mercado de Capitais e Fiagro. 2º Simpósio Gaúcho de Direito Agrário e Agronegócio. UBAU-FARSUL. 10 dez 2021.

CNA. Agro.BR. Disponível em <https://www.cnabrazil.org.br/agrobr> Acesso em 10 abr 2022.

CONTINI, Elisio. ARAGÃO, Adalberto. O Agro brasileiro alimenta 800 milhões de pessoas. Embrapa. 04 mar 2021. Disponível em: <file:///C:/Users/Crisley/Downloads/Popula%C3%A7%C3%A3o%20alimentada%20pelo%20Brasil.pdf>. Acesso em: 26 mar 2022.

CEPEA. PIB-AGRO/CEPEA: PIB DO AGRO CRESCE 8,36% EM 2021; PARTICIPAÇÃO NO PIB BRASILEIRO CHEGA A 27,4%. Disponível em: <https://www.cepea.esalq.usp.br/br/releases/pib-agro-cepea-pib-do-agro-cresce-8-36-em-2021-participacao-no-pib-brasileiro-chega-a-27-4.aspx#:~:text=Diante%20do%20bom%20desempenho%20do,52%2C63%25%2C%20respectivamente.> Acesso em 2 abr 2022.

EMBRAPA. Trajetória da agricultura brasileira. Disponível em: <https://www.embrapa.br/visao/trajetoria-da-agricultura-brasileira>. Acesso em: 10 abr 2022.

FORBES. Mercado de Capitais e o Agro. Disponível em <https://forbes.com.br/colunas/2021/04/helen-jacinto-mercado-de-capitais-e-o-agro>. Acesso em: 10 abr 2022.

GLOBO. Apesar de expansão, mais de 70% das propriedades rurais no Brasil não têm acesso à internet. Disponível em:

<https://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2020/01/05/apesar-de-expansao-mais-de-70percent-das-propriedades-rurais-no-brasil-nao-tem-acesso-a-internet.ghtml>. Acesso em 18 abr 2022.

GOVERNO DO BRASIL. Cenários e perspectivas da conectividade para o agro. Disponível em *livro-conectividade-agro v2.indd (www.gov.br). Acesso em: 18 abr 2022.

GOVERNO DO BRASIL. Inscrever-se em eventos de promoção comercial no exterior. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/participar-de-feiras-de-agronegocio>. Acesso em: 10 abr 2022.

GUANZIROLI, Carlos Enrique. SABBATO, Albero di. BUAINAIN, Antônio Marcio. Evolução da Agricultura Familiar no Brasil (1196-2017). In Uma Jornada pelos Contrastes do Brasil – Cem anos do Censo Agropecuário. Org. José Eustáquio Ribeiro Vieira Filho & José Garcia Gasques. Brasília: IPEA, IBGE, 2020. p. 196.

INFOMONEY. A revolução no campo: governança, mercado de capitais e um novo agro. Disponível em <https://www.infomoney.com.br/colunistas/convidados/a-revolucao-no-campo-governanca-mercado-de-capitais-e-um-novo-agro/>. Acesso em 10 abr 2022.

IPEA. Balança comercial do agronegócio brasileiro apresenta superávit de US\$ 105,1 bilhões em 2021. Disponível em Balança comercial do agronegócio brasileiro apresenta superávit de US\$ 105,1 bilhões em 2021 (ipea.gov.br). Acesso em 2 abr 2022.

LEITE, Bruno. II Mesa Redonda – As perspectivas do Agronegócio Brasileiro no mercado internacional. UBAU. Canal de TV Agrarista da UBAU do YouTube. 11 fev. 2022.

MASSRUHÁ, Sílvia Maria Fonseca S.; LEITE, Maria Angelica de Andrade; LUCHIARI JUNIOR, Ariovaldo; EVANGELISTA, Sílvia Riberto Medeiros. Agricultura digital: pesquisa, desenvolvimento e inovação nas cadeias produtivas. Brasília, DF: Embrapa, 2020. cap. 1, p. 20-45. Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de-publicacoes/-/publicacao/1126214/a-transformacao-digital-no-campo-rumo-a-agricultura-sustentavel-e-inteligente>. Acesso em: 18 abr 2022.

NETO, Octaciano. FIAGRO – Financiamento de Cadeias Agroindustriais. Congresso Brasileiro de Direito e Agronegócio. TJPR, EJUD. 03 dez. 2021.

PORTAL DO AGRONEGÓCIO. Qual o momento certo para diversificar os investimentos no agronegócio? Disponível em

<https://www.portaldoagronegocio.com.br/gestao-rural/analise-de-mercado/artigos/qual-o-momento-certo-para-diversificar-os-investimentos-no-agronegocio>. Acesso em: 10 abr. 2022.

RODRIGUES, Roberto. Apresentação. In Agro é paz: análises e propostas para o Brasil alimentar o mundo. Org. Roberto Rodrigues. Piracicaba: Esalq, 2018. p. 10.

SOUZA, Adriano Boni. Securitização de Recebíveis da Agroenergia: um estudo de caso baseado em títulos do agronegócio. Dissertação mestrado – Escola de Economia São Paulo – FGV, 2010. p. 56-60.

THIÉBAUT, Renata. As oportunidades e desafios para empresas brasileiras no maior mercado de e-commerce do mundo China. Disponível em: [Ecommerce_21jan22_completo2 \(5\).pdf](#) Acesso em: 12 abr 2022.

TSOUROUTSOGLOU, Irini. Fiagro. In Coletânea de Artigos & Matérias: A voz feminina no Agronegócio. Coord. Heloísa Bagatin Cardoso. UBAU, 2022.

VAENA, Marcos. II Mesa Redonda – As perspectivas do Agronegócio Brasileiro no mercado internacional. UBAU. Canal de TV Agrarista da UBAU do YouTube. 11 fev. 2022.

WACHHOLZ, Larissa. II Mesa Redonda – As perspectivas do Agronegócio Brasileiro no mercado internacional. UBAU. Canal de TV Agrarista da UBAU do YouTube. 11 fev. 2022.

O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL: UM DESAFIO RUMO À SUSTENTABILIDADE



Adriano Vottri Bellé¹

O acesso igualitário à justiça sempre teve protagonismo nos debates da seara jurídica, adquirindo aspectos importantes ao integrar a Agenda 2030 (ONU, 2015), ora convergindo as discussões ao desenvolvimento sustentável. Logo, realiza-se algumas reflexões sobre o momento vivenciado pela sociedade brasileira acerca desta garantia constitucional sempre que o acesso à justiça se mostra necessário. É dizer, até que ponto atualmente se compreende a garantia da inafastabilidade da jurisdição, e de que forma isso se implementa. Portanto, há direcionamento conceitual e estudo de preceitos basilares da estrutura constitucional e da experiência histórica até a concretização do atual status. Ainda, busca-se atrelar a meta da universalidade e da igualdade de acesso à justiça às demandas de sustentabilidade na busca pelo aprimoramento premente. A pesquisa concentra-se nos estudos conceituais, mediante pesquisa bibliográfica e contingente, discutindo formas de equalizar o acesso à justiça, constatando a necessidade de engajamento dos diversos atores sociais neste processo

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Desenvolvimento Sustentável. Boas Práticas

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE. Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional UNINTER, em Direito Público pela Faculdade de Estudos Administrativos de Minas Gerais, FEAD, e em Metodologias Ativas de Aprendizagem pela UNYLEYA, Brasil. Mestre* em Direito das Relações Internacionais e Integração da América Latina na Universidad de La Empresa, UDE – Montevídeu, Uruguai. Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, e Professor do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Paranaense – UNIPAR –, Campus de Francisco Beltrão/PR. Autor do livro "Enfrentamento à Corrupção no Mercosul, da Editora Dialética. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5045435164371914>. E-mail: adrianobelle@gmail.com. Número ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8699-8032>.

ACCESS TO JUSTICE IN BRAZIL: A CHALLENGE TOWARDS SUSTAINABILITY

Equal access to justice has always been prominent in legal debates and becomes important when integrated into the Agenda 2030 (UN, 2015), converging the discussions on sustainable development. Therefore, some reflections are made on the current situation experienced by Brazilian society regarding the constitutional guarantee whenever access to justice is necessary. That is, to what extent is the guarantee of jurisdictional access currently understood, and how is it implemented. Thus, there is a conceptual direction and study of basic precepts of the constitutional structure and historical experience until the achievement of the current status. Furthermore, we seek to link the goal of universality and equality of access to justice to the demands of sustainability in the pursuit of urgent improvement. The research focuses on basic and conceptual studies, through bibliographic and contingent research, making the judicial performance more legitimate and equal, although this should occur gradually and integrally.

Keywords: Access to Justice. Sustainable Development. Good Practices.

INTRODUÇÃO

Consagrada pelo regime constitucional vigente, a igualdade de acesso à justiça constituiu-se um direito fundamental que garante a todos os cidadãos a possibilidade de buscar a proteção de seus direitos perante o Poder Judiciário, independentemente de sua condição social, econômica ou cultural. Nesse contexto, apresenta-se de fundamental importância buscar fixar a compreensão sobre o conteúdo estruturante desse direito e seus reflexos para a perspectiva social pátria.

Este entendimento se fundamenta na ideia de que todo cidadão deve ter a possibilidade de buscar a proteção de seus direitos, por meio de um sistema de justiça efetivo e acessível, e possui expressa disposição na Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu artigo 5º, XXXV, segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". A importância desta igualdade de condições para a sociedade brasileira é evidente e será trabalhada ao longo desta pesquisa, sobretudo em função das já conhecidas desigualdades sociais e econômicas, sendo, portanto, relevante debater o papel do acesso à justiça e sua função garantidora para que os mais vulneráveis tenham seus direitos protegidos.

Por isso, é basilar que o sistema de justiça seja efetivo e acessível a todos os cidadãos, especialmente aqueles em situação de vulnerabilidade, e não por acaso que tal preceito encontra guarida na Agenda 2030 (ONU, 2015), da Organização das Nações Unidas, com clara referência ao seu grau de importância frente aos desafios de sustentabilidade de Estados marcados por profundas e arraigadas diferenças socioeconômicas.

Neste contexto – e fixadas estas premissas incipientes – é válido registrar que o presente trabalho tem por objetivo investigar o grau de importância da concretização do seu preceito central – acesso à justiça – na construção e consolidação de um Estado justo e sólido, representativo e real garantidor de direitos aos mais variados segmentos sociais, com vistas à sustentabilidade.

Para tanto, observar-se-á uma sequência dividida em três etapas do estudo. No primeiro capítulo, apresenta-se um conceito do que representa o preceito de acesso à justiça, além de se tecer considerações acerca da estrutura constitucional brasileira, e um breve histórico do sistema de justiça. Em complemento, procede-se à análise da Agenda 2030 (ONU, 2015) e de sua relevância para a busca por elementos voltados à sustentabilidade e suas mais diversas facetas estruturantes.

Adiante, busca-se no contexto nacional e regional exemplos de práticas exitosas voltadas à garantia materializada do acesso à justiça, seja pelo aperfeiçoamento dos métodos tradicionais existentes e de sua difusão e democratização, seja sob novas roupagens, voltadas a soluções alternativas para

resoluções de conflitos, sem que necessariamente haja soluções litigiosas.

Já o derradeiro capítulo tem por mister analisar os papéis do Estado e da sociedade civil na concretização de preceitos norteadores da igualdade de acesso à justiça, a fim de verificar se há exclusividade ou protagonismo de algum destes atores ou se, apesar da estrutura existente, pode-se falar em uma complementariedade de atuações que, integradas, poderiam resultar em uma melhora significativa na perspectiva do contexto sob estudo.

A propósito, essas são em essência as hipóteses da pesquisa, pois a meta é justamente estudar até que ponto o atual modelo de configuração é capaz de conferir aplicabilidade prática ao arcabouço constitucional que assegura que o Poder Judiciário deve ser acessível sempre que algum cidadão a ele precisar recorrer.

Nesta perspectiva, através de pesquisa bibliográfica e do estudo de situação, pretende-se perquirir o espectro atual em que se encontra o acesso à justiça no Brasil, a partir de uma busca conceitual, histórica e contextualizada aos objetivos internacionais de sustentabilidade. A metodologia de pesquisa é a de documentação indireta, realizada por meio da utilização de materiais aptos a embasar as constatações e as reflexões do tema proposto (LAKATOS; MARCONI, 2003).

Portanto, sem qualquer pretensão de esgotar um tema complexo e, necessariamente, fonte de constantes estudos, este trabalho busca realizar algumas ponderações sobre o igualitário acesso à justiça agora sob uma roupagem voltada ao cenário institucional e sustentável, mais direcionado a gerar reflexões do que, necessariamente, a apresentar soluções e/ou conclusões

1 O ACESSO À JUSTIÇA SOB A CONSTITUIÇÃO FEDERAL: CONTEXTUALIZAÇÃO E REFLEXÕES CRÍTICAS

Como já indicado na introdução desta pesquisa, o acesso à justiça constitui um direito fundamental constitucionalmente assegurado, na medida em que todos os cidadãos devem ter acesso igualitário aos meios necessários para proteger seus direitos e interesses. Entretanto, a efetivação desse direito pode ser dificultada por diversos fatores, como a falta de recursos financeiros e a desigualdade social. Neste sentido, Patriota (2022, p. 19) traz a perspectiva conceitual da materialização do acesso à justiça, considerando para tanto

Fácil perceber que o acesso à justiça vai além do acesso ao Judiciário, uma vez que a instrumentalidade do direito processual também deve propiciar tal alcance, ou seja, as normas devem ser criadas,

interpretadas e aplicadas sob o prisma da efetividade e do acesso à justiça.

[...]

Isso posto, o acesso à justiça deve ser o princípio norteador do Estado Contemporâneo, sendo que, para isso, o direito processual deve buscar a superação das desigualdades que impedem seu acesso e, por outro lado, a jurisdição deve ser capaz de realizar, de forma efetiva, todos os seus objetivos.

Já se mostra plausível observar que somente quando todos os cidadãos, independentemente de sua condição social ou econômica, têm a possibilidade de recorrer ao sistema de justiça para tutelar seus direitos e interesses, é que se pode afirmar que há efetiva condição de proteção dos direitos humanos, mesmo aos marginalizados e vulneráveis (PERES, 2008).

Há, assim, reflexo direto na garantia da democracia e do Estado de Direito, no qual todos têm a garantia de que seus interesses serão representados, e de um tratamento igualitário como fator de proteção da liberdade e da isonomia. Sendo o Poder Judiciário um Poder constitucionalmente reconhecido (BORGES, 1999), dele deverá decorrer a pacificação social, a resolução pacífica de controvérsias, como potencial de prevenir a violência e a desordem social.

Constitui-se, pois, em um pilar da democracia e do Estado de Direito e inegável vetor promoção da paz social e da proteção dos direitos humanos, restando importante registrar que segundo Borges (1999, p. 14), "[...] a Justiça aqui há de ser aquele valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito que nos promete o Preâmbulo da Constituição". Ocorre que tal perspectiva é fruto de uma construção histórica até a já mencionada Constituição ora vigente (BRASIL, 1988), mostrando-se importante tecer breves considerações históricas sobre a evolução da estrutura jurídica e judiciária brasileira, a fim de observar-se com melhor referencial o momento presente, bem assim trabalhar em perspectiva com os possíveis desdobramentos futuros desta concepção central do estudo.

Com efeito, o sistema de justiça brasileiro teve suas origens no período colonial, e sua evolução foi gradual e complexa, passando por diferentes fases históricas e transformações políticas, sociais e econômicas. Em 1822, com a independência do país, foram criados os tribunais de justiça nas províncias, e a primeira Constituição brasileira, em 1824, regulou o Supremo Tribunal de Justiça (CNJ, 2021).

Ao longo do século XX, o Judiciário passou por diversas mudanças, incluindo a criação de novos órgãos, como os tribunais superiores e o Ministério Público, sendo incorporados ao ordenamento jurídico

mecanismos para garantir uma maior independência do judiciário. Em 1946, a Constituição brasileira instituiu o Supremo Tribunal Federal como o órgão máximo do poder judiciário, com a função de interpretar a Constituição e zelar pela sua aplicação (CNJ, 2021).

"Durante o período militar – entre 1964 a 1985 –, as instituições judiciárias foram alteradas por meio da Constituição de 1967 e emendas constitucionais de 1969 e de 1977, destacando-se a recriação da Justiça Federal, em 1965" (CNJ, 2021, p. 90). Um marco importante foi a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), que consolidou o sistema de justiça brasileiro como um dos mais avançados da América Latina e

[...] asseguraram, novamente, a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário. A partir de então, criaram-se o Superior Tribunal de Justiça, que assumiu parte das funções antes atribuídas ao extinto Tribunal Federal de Recursos e os Tribunais Regionais Federais. Pela Lei n. 9.099/1995, foram criados os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que substituíram os Juizados de Pequenas Causas, representando importante forma de acesso do cidadão à justiça, ampliada para a Justiça Federal pela Lei n. 10.259/2001 (CNJ, 2021, p. 90).

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, foi criado o Conselho Nacional de Justiça, responsável por fiscalizar e disciplinar a atuação do Poder Judiciário em todas as suas esferas de atuação, além de ser "[...] responsável por liderar o processo de aperfeiçoamento do Poder Judiciário brasileiro, capacitando-o para as exigências de eficiência, transparência e responsabilidade que os novos tempos impõem" (CNJ, 2022, p. 7).

Prosseguindo-se os estudos, vale rememorar que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) consolidou o sistema de justiça brasileiro como uma estrutura complexa e hierarquizada, garantida a autonomia funcional, administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como a independência dos membros da magistratura e do Ministério Público (CNJ, 2021).

Contudo, mesmo diante da consolidação das instituições judiciárias, das garantias aos seus membros, o sistema de justiça brasileiro ainda enfrenta diversos desafios para garantir a igualdade de acesso à justiça a todos os cidadãos (SILVA, 1998). Nesse sentido, como já se anotou, verifica-se algumas lacunas em relação à igualdade de acesso à justiça, e as razões da problemática incluem a falta de recursos, a burocracia, a falta de acesso à informação e de adequação das formas convencionais de solução de conflitos às novas demandas sociais (SADEK, 2014).

O Judiciário muitas vezes tem por característica uma complexidade inerente ao exercício da função judicante, com muitos procedimentos e etapas a serem seguidos (PATRIOTA, 2022), o que pode tornar mais dificultoso o acesso à justiça aos que não detêm conhecimento técnico ou experiência no sistema. A falta de acesso à informação é outro problema que afeta este aspecto da igualdade, sobretudo no que toca à exclusão digital, o que também pode dificultar o acesso à justiça, sobretudo aqui aos cidadãos mais vulneráveis (CNJ, 2022).

Reiterando a concepção do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que prevê que todo cidadão tem direito à defesa dos seus direitos e interesses perante a justiça, é preciso constatar que a efetivação desse direito ainda é um desafio no contexto brasileiro, especialmente em razão dos fatores sumariamente abordados acima. Nesse sentido, é necessário realizar algumas reflexões críticas acerca do acesso à justiça sob a Constituição Federal.

Por isso, é imperioso reconhecer que o acesso à justiça é uma questão que vai além do mero acesso físico às instâncias judiciais, sendo fundamental que esse acesso se traduza em uma efetiva resolução adequada do problema, com a garantia de uma defesa apropriada, de decisões justas e da concretização dos direitos reconhecidos. No entanto, é oportuno observar que, “[...] dado o volume de processos e o perfil dos que postulam judicialmente, a instituição sofre de inchaço, cuja dilatação, além de dificultar sua atuação, contribui para a construção de uma imagem negativa junto à população” (SADEK, 2014, p. 60).

Além disso, convém destacar que o acesso à justiça não pode ser garantido apenas através de medidas pontuais e isoladas, como a criação de juizados especiais, por exemplo – embora tal medida tenha se revestido de significativa importância, como se verá adiante. É necessário um esforço conjunto de todas as esferas do poder público, com investimentos em políticas públicas que visem a concretização desta garantia, especialmente para os mais vulneráveis, não se podendo olvidar do relevante papel desempenhado por instituições originalmente criadas com esta finalidade, como a própria Defensoria Pública (FARIAS, 2018).

Aqui mostra-se oportuno recorrer à concepção de sustentabilidade institucional e à referência temática representada pela Agenda 2030 (ONU, 2015) para compreender como o bom desempenho das diversas instâncias e áreas de atuação estatal é determinante para bem e fiel cumprir as metas de desenvolvimento e, afinal, consolidar instituições e regimes justos e abrangentes.

A Agenda 2030 consiste em um plano de ação global adotado pela Organização das Nações Unidas em 2015, que estabelece 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) a serem alcançados até o ano de

2030 (BELLE, 2022). Um desses objetivos, o ODS 16, tem como meta a promoção de sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, o acesso à justiça para todos e a construção de instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis (ONU, 2015).

Dentro do ODS 16, a meta 16.3 é especialmente relevante para o acesso à justiça, pois visa a garantir a igualdade de acesso à justiça para todos, bem como o fortalecimento das instituições judiciais e a promoção de um Estado de Direito eficaz. Essa meta reconhece que o acesso à justiça é fundamental para a construção de sociedades justas e sustentáveis, em que os direitos humanos são respeitados e a paz é promovida.

Garantir o acesso à justiça é fundamental para alcançar as metas da Agenda 2030 (ONU, 2015), pois sem ele, muitas das outras metas não poderão ser alcançadas, além de constituir aspecto essencial para a proteção dos direitos humanos, para o combate à corrupção, para o fortalecimento das instituições democráticas e para a promoção de uma cultura de paz (BELLE, 2022).

Vale mencionar que o Poder Judiciário tem demonstrado alinhamento aos preceitos da Agenda 2030 (ONU, 2015), assunto este que foi debatido entre tribunais superiores e membros da gestão do sistema de justiça brasileiro em evento promovido pelo Supremo Tribunal Federal. Na ocasião, foram abordadas “ações concretas para promover o desenvolvimento sustentável no Poder Judiciário, em sintonia com os objetivos globais da Organização das Nações Unidas[...]” (STF, 2021, p. 1), o que reforça a compatibilidade das metas e objetivos com a atuação jurisdicional.

Nesta seara da concepção de sustentabilidade, o acesso à justiça é até mais importante, porque as problemáticas que se inserem em campos de discussões diversos e desaguam em debates perspectivas de justiça social. Logo, é necessário promover políticas públicas que garantam a sua implementação, independentemente de quaisquer adjetivações.

2 A SUSTENTABILIDADE DAS BOAS PRÁTICAS: EXEMPLOS DA UNIVERSALIDADE DE ACESSO AO JUDICIÁRIO

Como visto, a igualdade de condições no acesso à justiça é um tema fundamental para a promoção da sustentabilidade prevista na Agenda 2030, especificamente, a Meta 16, ODS 16.3 do documento, que estabelece como objetivo promover o Estado de Direito e garantir o acesso à justiça para todos, além de construir instituições eficazes e transparentes (ONU, 2015).

Para atingir essa meta, é necessário assegurar que todos possam ter acesso igualitário e justo aos serviços jurídicos, e isso implica na redução das

barreiras de acesso, razão por que nesta etapa da pesquisa abordar-se-á exemplos de boas práticas que podem servir de modelo e inspirar mudanças positivas no sistema jurídico brasileiro.

Um primeiro modelo de boa prática neste tema é a implementação de programas de assistência jurídica gratuita. No Brasil, a Defensoria Pública tem a função de prestar assistência jurídica gratuita àqueles que não têm condições financeiras de contratar um advogado particular, sem prejuízo da atuação de instituições de ensino e de organizações da sociedade civil que oferecem assistência jurídica gratuita para a população carente (FARIAS, 2018).

Outra boa prática em relação ao acesso à justiça consiste em ampliar o alcance da mediação e da conciliação, com vistas a proporcionar uma alternativa aos tribunais tradicionais, permitindo que as partes em conflito resolvam suas disputas de forma amigável e pacífica, de forma mais ágil e livre das formalidades convencionais (SADEK, 2014). O Conselho Nacional de Justiça tem promovido a criação de centros de mediação e conciliação em todo o país, contribuindo para a redução do número de processos judiciais e para a melhoria do acesso à justiça, sobretudo com caráter consensual (CNJ, 2021).

Por oportuno, convém rememorar a criação, a difusão e o aperfeiçoamento dos juizados especiais – cíveis e criminais –, cujo grande mérito parece ter sido “[...]acelerar, ampliar e dar condições aos cidadãos que conhecem os seus direitos de buscarem a efetividade destes direitos, inclusive, sem a necessidade de advogado” (PERES, 2008, p. 14). De fato, em certos procedimentos – compreendidos pelo legislador como de menor complexidade – até certo momento processual a parte pode seguir sem estar representada por advogado, como que abrindo as portas do Poder Judiciário diretamente aos cidadãos que necessitam de sua tutela.

Vale anotar, ademais, que

para a superação das dificuldades, o CNJ vem, ao longo de sua existência, estimulando formas alternativas de solução de conflitos, do tipo mutirões de conciliação, mormente na jurisdição de família, na área do consumidor; algumas inciativas, ainda incipientes, na área penal, como a justiça restaurativa, entre outras que, para além de desafogar a jurisdição tradicional, obtêm respostas mais rápidas (PATRIOTA, 2022, p. 21-22).

A par disso, outro desafio importante é a necessidade de mudanças culturais na sociedade em geral, que valorizem a mediação e a resolução de conflitos de forma consensual, em vez do litígio judicial. Neste particular, insta mencionar o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná como um ator importante nesta

nova forma de conceber o acesso à justiça e a consequente busca pela pacificação social, voltada à resolução de conflitos.

Através do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMEC –, o mencionado Tribunal concentra as ações voltadas a resolver controvérsias a partir de novos elementos e conta com estruturas voltadas à difusão da conciliação, da mediação, sobretudo através dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs –, cuja atribuição essencial é implementar os mencionados serviços (TJPR, [s.d.]). A própria Justiça Restaurativa exerce significativo papel nesta nova esteira de potencialidades transformadoras da ótica litigiosa da atuação jurisdicional e também tem espaço no âmbito do NUPEMEC.

A propósito, cumpre mencionar “[...] que a justiça restaurativa não tem o condão de substituir o sistema de justiça tradicional, é um complemento, e muito menos veio com a missão a resolver a todos os problemas da Justiça Brasileira” (PINHO, 2009, p. 253). Com efeito, esta verificação há de se aplicar também às outras exemplificações de que já se tratou neste breve trabalho, porque a integração coordenada de ações é que, sim, pode alterar panoramas desfavoráveis, e não uma proposta isolada, por melhor que seja ela.

É certo que a perspectiva da promoção e da efetivação dos direitos previstos constitucionalmente também passa por uma postura comissiva, positiva, de atitude da sociedade civil, mesmo em contextos que não são originariamente direcionados para a finalidade de assegurar acesso correto e necessário a todos os atores sociais que necessitem se socorrer do Poder Judiciário. Em contraponto, com vistas a reforçar a importância do debate, parece inconcebível que um Estado voltado à efetivação de direitos alguém se deixe admitir situação injusta simplesmente por não lhe ser conferida a possibilidade de buscar a resolução da problemática junto aos sistemas de justiça – consensual ou convencional, por assim dizer.

3 OS DESAFIOS DO ESTADO E DA SOCIEDADE CIVIL PARA A CONCRETIZAÇÃO DA GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA: QUESTÃO DE SUSTENTABILIDADE

Sendo o acesso à justiça um direito fundamental em Estado Democrático de Direito, como linhas acima anotado, o Estado deve garanti-lo em sua essência, sob pena de não fazer cumprir propriamente uma de suas funções essenciais. No entanto, é preciso constatar que os contrastes da realidade brasileira no mais das vezes limitam-no. Nesse contexto, é fundamental que o Estado promova políticas públicas e programas que propiciem a igualdade de acesso à justiça, garantindo que todos os cidadãos possam

exercer plenamente seus direitos, tal como exemplificado no capítulo anterior, até porque a garantia do acesso à justiça não é tutela exclusiva do Poder Judiciário, como muito bem rememora Sadek (2014).

Ademais, uma das possibilidades é a criação de centros de atendimento jurídico gratuito à população de baixa renda, que podem oferecer serviços de orientação jurídica, mediação de conflitos e até mesmo assistência jurídica gratuita em casos de maior complexidade. Essa medida permite que os cidadãos mais vulneráveis tenham acesso à justiça e possam defender seus direitos de forma mais efetiva (FARIAS, 2018).

Além disso, o Estado poderia desenvolver programas abrangentes de capacitação e formação de mediadores e conciliadores, como forma de promover a resolução consensual de conflitos. Vale registrar que a mediação e a conciliação são métodos alternativos de solução de conflitos que têm como objetivo resolver disputas de forma amigável e rápida, sem a necessidade de recorrer ao sistema judiciário (SADEK, 2014), e a capacitação desses profissionais teria potencial para a criação de uma cultura de resolução pacífica de conflitos e para a redução do número de processos judiciais (CNJ, 2021).

De seu turno, as Organizações da Sociedade Civil são organizações que atuam independentemente do aparato estatal e têm como objetivo promover a defesa dos direitos humanos e a cidadania, buscando influenciar políticas públicas e defender interesses coletivos, sobretudo partindo-se da concepção elementar de que, como bem ressalta Alves (2004, p. 152, grifos no original), “[...] a esfera pública não se sustenta apenas na sociedade civil. A sociedade civil e o Estado fazem um continuum, separados, mas interdependentes: as instituições do Estado reforçam a sociedade civil e vice-versa”.

Essa atuação interdependente envolve a propositura de ações judiciais que têm como objetivo estabelecer precedentes e influenciar a interpretação do direito, criando condições para que novos direitos possam ser reconhecidos e para que a sociedade como um todo possa avançar em termos de justiça social, verificando-se, inclusive, alterações positivas nas relações com o Poder Judiciário (VERONESE, 2007).

Aqui parece oportuno constatar que não há o propósito de ignorar todos os avanços legislativos e institucionais que visam aperfeiçoar os procedimentos tradicionais do sistema de justiça no Brasil, porque tais elementos são basilares. Logo, não se nega que as práticas consolidadas devem ser aperfeiçoadas, mas é necessário reconhecer as novas demandas sociais, e, consigo, a existência de elementos inovadores como auxiliares no aprimoramento da máquina pública, e não seria diferente com o Judiciário.

Os preceitos fundamentais de sustentabilidade parecem incluídos justamente no esforço em conciliar tratativas consolidadas e que garantem estruturalmente o funcionamento de instituições com inovadoras formas de pensar e aplicar determinadas demandas sociais. Não é senão justamente aprimorar e claramente demonstrar que há recursos, que há repertório para quem está, por exemplo, aberto a métodos consensuais de resoluções de conflitos, sem que se imponha, necessariamente, uma demanda litigiosa.

Por certo que as Nações Unidas estabelecem como objetivo “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”, e dentro desta perspectiva, a meta 16.3, antes mencionada, que consiste em “promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos” (ONU, 2015, p. 1).

Não à toa, pois, há uma correlação direta entre a promoção do Estado de Direito, o acesso igualitário à justiça, a consolidação de instituições representativas e justas e, afinal, a própria sustentabilidade em sua concepção mais abrangente. De se ressaltar que o agir sustentável, no ponto objeto da presente pesquisa, volta-se à percepção de que garantir o acesso igualitário à justiça sempre que necessário vai além de normas formalmente válidas e potencialmente aplicáveis, pois deve englobar posturas ativas, iniciativas de organismos estatais, além de incluir a sociedade civil e suas mais diversas formas de atuação.

Diante disso, a igualdade de acesso à justiça é um desafio complexo, que demanda reformas estruturais e mudanças culturais na sociedade brasileira. Para que a justiça seja realmente acessível a todos, é necessário investir em políticas públicas que visem a redução das barreiras de acesso, a capacitação de profissionais da área jurídica e a promoção da cultura da mediação e resolução consensual de conflitos. O futuro da justiça no Brasil, sob o prisma da sustentabilidade, parece depender de um compromisso coletivo (Estado e cidadãos) para torná-la verdadeiramente acessível e igualitária (ALVES, 2004), sob pena de não ser possível tratar da questão sob o prisma essencial da sustentabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, é fundamental que o Estado desenvolva políticas públicas e programas para promover a igualdade de acesso à justiça, garantindo que todos os cidadãos possam exercer plenamente seus direitos e buscar a proteção do sistema judicial. No entanto, a realidade brasileira mostra que este acesso

pode ser limitado por diversos fatores, incluindo a falta de recursos financeiros e a falta de acesso efetivo a recursos tecnológicos pelos cidadãos.

Constatou-se, pois, que se o parâmetro de observação for a evolução do sistema judiciário brasileiro, com origens ainda no Império, não se pode negar que atualmente o tema da acessibilidade ao Poder Judiciário encontra-se em estágio avançado na mencionada comparação, sobretudo pelo advento do atual regime constitucional, do qual decorrem muitos avanços nesta seara.

Por outro lado, se o critério utilizado for o da sustentabilidade, demonstrado ainda no capítulo inaugural, alguns contrapontos devem ser fixados, em especial aquele que trata do aspecto material e empírico. Em outras palavras, não bastaria, para verificação da existência sustentável das instituições, que se assegure formalmente o acesso à justiça ao, por exemplo, não opor óbices, obstáculos a este agir cidadão. Restaria necessário, outrossim, materialmente dispor de meios que possibilitem a toda a população a busca pela concretização daquilo que julgam merecer por direito.

Daí porque se estudar no decorrer da pesquisa algumas práticas que convergem para esta finalidade prática de assegurar o acesso à justiça a quem dela necessita, ainda que não se valha necessariamente do tradicional modelo contencioso. Aliás, como bem se viu, iniciativas do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, alinhadas aos direcionamentos do Conselho Nacional de Justiça, enveredam-se para a justiça consensual com diversas linhas de frente, tendentes a difundir-se na atuação jurisdicional e aptas, ao menos em potencial, a redefinir aspectos culturais da sociedade.

Nesse contexto, a atuação de organizações da sociedade civil na promoção do acesso à justiça torna-se crucial para garantir que os direitos dos cidadãos sejam efetivamente protegidos justamente porque se constatou que apenas a atuação estatal, por mais abrangente que seja, não tem o condão de, por si só, redirecionar aspectos culturais do espectro social e também dos profissionais envolvidos neste contexto de atuação jurisdicional.

É bem verdade que a promoção do acesso à justiça é uma tarefa capital do Estado Democrático de Direito, mas não sua exclusiva responsabilidade, e esta afirmação confirma a hipótese firmada nos princípios desta pesquisa, segundo a qual há correspondência, complementariedade, interdependência e direta relação entre a atuação do Estado, mormente o Poder Judiciário, e os jurisdicionados, os cidadãos a quem a atuação é conferida. Ora, de que adiantaria a construção e implementação de toda uma estrutura voltada à conciliação, por exemplo, se os postulantes sequer cogitam desta ferramenta?

Justamente por isso o alinhamento entre os atores fundamentais do processo de evolução social

passa pela redistribuição de responsabilidades, elemento este marcante e perene na definição de sustentabilidade que se reorganiza com a Agenda 2030 (ONU, 2015). A pesquisa bibliográfica e a técnica documental permitiram exatamente a conceituação e o embasamento das reflexões teóricas e críticas que permearam o trabalho, cuja fonte remete-se ao documento que atualmente encontra-se praticamente em meados de sua vigência, por assim dizer, além de confirmar a hipótese inicial que indicava para a corresponsabilidade dos atores sociais envolvidos. Por derradeiro, reiterando a ideia de que este artigo não tem por condão esgotar os debates em torno da problemática central, senão a ela trazer a relação com a sustentabilidade, verifica-se ser crucial a já ressaltada convergência de ações, além da consolidação do preceito segundo o qual o acesso universal e igualitário à justiça é fator de legitimação social e cidadã dos processos de tomada de decisão, incluindo-se o Poder Judiciário. Este senso de representatividade parece ser, ainda, um escudo igualmente importante frente a crescentes questionamentos de que o Estado – em suas mais diversas atuações – tem sido alvo recentemente, sobretudo por ostentar a fundamental perspectiva segundo a qual lesão ou ameaça de lesão a direitos não serão ignoradas, qualquer que seja a sua origem.

REFERÊNCIAS

ALVES, Mário Aquino. O conceito de sociedade civil: em busca de uma repolitização. *Organizações & Sociedade*, [S. l.], v. 11, 2004. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/revistaoes/article/view/12640>. Acesso em: 6 abr. 2023.

BELLE, Adriano Vottri. *Enfrentamento à corrupção no Mercosul: normas, índices e iniciativas em meados da Agenda 2030*. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 abr. 2023.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Manual de Gestão de Memória do Poder Judiciário*. Conselho Nacional de Justiça. Programa Nacional de Gestão Documental e Memória do Poder Judiciário (Proname). Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/Manual_de_Gestao_de_Memoria.pdf. Acesso em: 5 abr. 2023.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Democratizando o acesso à Justiça: 2022*. Flávia Moreira Guimarães Pessoa, (org.). Brasília: CNJ, 2022. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/02/democratizando-acesso-justica-2022-v2-01022022.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2023.

FARIAS, Adonai Oliveira. A Construção do estado defensor no Brasil: Da evolução do direito à assistência jurídica integral e gratuita aos desafios da implementação da Defensoria Pública no território nacional. 2018. 94 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2637>. Acesso em: 21 mar. 2023.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

ONU – Organização das Nações Unidas. Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2023.

PATRIOTA, Everaldo. Democratizando o acesso à justiça: justiça social e o Poder Judiciário do Século XX. Conselho Nacional de Justiça. Democratizando o acesso à Justiça: 2022. Flávia Moreira Guimarães Pessoa, (org.). Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/02/democratizando-acesso-justica-2022-v2-01022022.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2023.

PERES, Patrícia Silva Bernardi. Educação: instrumento para a cidadania, ética e dignidade humana. 2008. Dissertação (Especialização em Direito Legislativo) – Universidade do Legislativo Brasileiro, Brasília, 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/162314/trab%20final%20TCC.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em 29 mar. 2023.

PINHO, Rafael Gonçalves de. Justiça Restaurativa: um novo conceito. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, p. 242-268, 2009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/22177/16025>. Acesso em: 6 abr. 2023.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. Revista USP, [S. l.], n. 101, p. 55-66, 2014.. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87814>. Acesso em: 5 abr. 2023.

SILVA, José Afonso da. Acesso à justiça e cidadania. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 216, p. 9-23, 1999. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47351>. Acesso em: 4 mar. 2023.

STF. Supremo Tribunal Federal. Ações para concretização da Agenda 2030 no Poder Judiciário são apresentadas durante evento virtual. 21 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=467963&ori=1>. Acesso em: 31 mar. 2023.

TJPR. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Conciliação e Mediação. [s.d.]. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/conciliacao-mediacao>. Acesso em: 22 mar. 2023.

VERONESE, Alexandre. Projetos judiciais de acesso à justiça: entre assistência social e serviços legais. Revista Direito GV, v. 3 n. 1, p.13-33, 2007. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35194>. Acesso em: 9 abr. 2023.

O DIREITO À LIMITAÇÃO RAZOÁVEL DA DURAÇÃO DO TRABALHO: UM DIREITO HUMANO (E FUNDAMENTAL) AINDA PENDENTE DE CONCRETIZAÇÃO NO BRASIL NO EXERCÍCIO DO TELETRABALHO



Fabiano de Aragão Veiga¹

O direito à limitação razoável da duração do trabalho é um dos direitos historicamente reclamados, como forma de permitir que o indivíduo utilize de forma mais efetiva seu tempo para o lazer, para a família e para outros interesses relacionados ao seu bem-estar, estando previsto tanto em normas internacionais quanto no ordenamento jurídico brasileiro. Pode ser considerado, pois, como um direito humano e fundamental, essencial a uma vida digna. Diante da evolução tecnológica, sobretudo da Quarta Revolução Industrial, houve sensível alteração das relações de trabalho, sendo cada vez mais frequente a contratação sob o regime do teletrabalho, sobretudo no contexto da pandemia da Covid-19, causada pelo novo coronavírus. Nesse contexto, o presente artigo tem como objetivo analisar a incidência do direito à limitação à razoável da duração do trabalho no contexto do teletrabalho, sobretudo diante da regulamentação nacional acerca do tema.

Palavras-Chave: Direitos humanos. Direitos fundamentais. Limitação razoável da duração do trabalho. Teletrabalho.

¹ Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 05ª Região. Ex-Técnico Previdenciário do Instituto Nacional do Seguro Social. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional da 5ª Região. Ex-Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Mestre em Constitucionalização do Direito na Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Direito Constitucional pela Escola Judicial do TRT da 5ª Região (convênio com a Universidade Federal da Bahia). Especialista em Direito e Processo do trabalho pelo Instituto Excelência (Juspodivm). Bacharel em Direito (UFBA). Professor de Cursos de Pós-Graduação em Direito. Professor de Cursos Preparatórios Para Concursos Públicos. Autor de Obras Jurídicas

THE RIGHT TO REASONABLE LIMITATION OF WORKING DURATION: A HUMAN (AND FUNDAMENTAL) RIGHT STILL PENDING TO BE ACKNOWLEDGED IN BRAZIL IN THE EXERCISE OF HOMEOFFICE

The right to a reasonable limitation of working hours is one of the rights historically claimed, as a way to allow individuals to more effectively use their time for leisure, family and other interests related to their well-being. foreseen both in international norms and in the Brazilian legal system. It can be considered, therefore, as a human and fundamental right, essential to a dignified life. Given the technological evolution, especially the Fourth Industrial Revolution, there was a significant change in labor relations, with hiring under the telework regime becoming more and more frequent, especially in the context of the Covid-19 pandemic, caused by the new coronavirus. In this context, this article aims to analyze the incidence of the right to a reasonable limitation of working time in the context of telework, especially in light of national regulations on the subject.

Keywords: Human rights. Fundamental rights. Reasonable limitation of the duration of work. Telework

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o tema do direito à limitação à duração do trabalho, enquanto um direito humano e fundamental, com o enfoque na dificuldade de sua concretização no Brasil, sobretudo no contexto de teletrabalho.

A fim de bem delimitar o tema, pretende-se fazer uma análise à luz das principais normas internacionais e nacionais, buscando verificar a essencialidade do direito não apenas em razão da condição do indivíduo enquanto trabalhador, mas enquanto ser humano, que, como tal, deve ter preservado a sua saúde física e mental, bem assim para que ele possa participar adequadamente de suas múltiplas relações sociais, familiares e comunitárias.

Enfoca-se, pois, o indivíduo e suas múltiplas relações, entendendo-se que, a despeito da importância do trabalho, enquanto instrumento de produção de riqueza e de relevante aspecto econômico, ele deve ser entendido, igualmente, como meio de dignificação, sem que signifique, portanto, obstáculo a fruição de direitos essenciais a uma vida digna.

Desse modo, o tema será analisado sob a ótica de um direito humano (e fundamental), centrado na preocupação do seu impacto na vida do ser humano, e não exatamente sob o aspecto das repercussões econômicas, as quais, embora importantes, devem ser entendidas como efeitos secundários decorrentes do desrespeito à limitação do montante de trabalho.

Primeiramente, busca-se situar, historicamente, a preocupação com o tema, fazendo-se referência às primeiras normas editadas por alguns países. Na sequência, serão analisadas as principais normas internacionais, destacando-se as editadas pela Organização das Nações Unidas (ONU), inclusive mediante a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Posteriormente, será feita uma análise das principais normas nacionais que versam sobre jornada, desde a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) às normas infraconstitucionais, especialmente sob a ótica do teletrabalho.

Acerca desse último aspecto, o teletrabalho, que apenas passou a contar com disciplina específica no ordenamento jurídico nacional após a Lei n. 13.467/2017 – Reforma Trabalhista, serão analisadas as dificuldades de concretização do respeito à limitação razoável da duração trabalho, situação agravada por ocasião da pandemia da Covid – 19, provocada pelo novo coronavírus. Para tanto, será utilizado o método analítico.

2 O DIREITO HUMANO À LIMITAÇÃO DA DURAÇÃO DO TRABALHO. UMA ANÁLISE DAS NORMAS INTERNACIONAIS

2.1 ASPECTOS GERAIS

Na linha do mencionado, o presente trabalho tem como pressuposto o enquadramento do tema da limitação razoável da duração do trabalho como um direito humano (e fundamental), ou seja, essencial a uma vida digna. Nesse ponto, é relevante esclarecer, desde logo, o que se entende como direito humano e como direito fundamental.

Acerca desse aspecto, Paulo Bonavides¹, mencionando estudo de Carl Schmitt, aponta dois critérios formais de caracterização dos direitos fundamentais. Pelo primeiro, podem ser designados como direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e indicados no texto constitucional, ao passo que, pelo segundo, os direitos fundamentais são aqueles que receberam da constituição um grau mais elevado de garantia ou segurança, com cláusula da imodificabilidade ou de grau diferenciado de mudança, admitida apenas por meio de emenda à Constituição.

Ademais, ainda segundo Paulo Bonavides, na mesma obra e de acordo com Carl Schmitt, do ponto de vista material, os direitos fundamentais variam de acordo com a ideologia, a modalidade de Estado, os valores e princípios que a Constituição consagra, de modo que cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos.

Os Direitos humanos, por sua vez, os são previstos no ordenamento internacional (tratados e convenções internacionais). Buscam a proteção da pessoa humana sem qualquer delimitação. Representam valores gerais e transnacionais.

Logo, os direitos fundamentais podem ser entendidos como os direitos humanos consagrados na órbita interna de determinado Estado.

Entretanto, de suma importância observar que não há diferença na "qualidade" dos Direitos fundamentais em relação aos direitos humanos. Os direitos fundamentais são, na verdade, direitos humanos consagrados no ordenamento jurídico interno de cada país, de acordo com suas concepções sociais, religiosas, históricas, econômicas e políticas. Representam, assim, valores especificados (locais ou peculiares) e nacionais.

Por consequência, a relação entre eles é, assim, de complementariedade, e não de afastamento. Deve-se buscar a proteção a mais efetiva possível, cumulando normas dos direitos humanos e as normas

¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 35 ed. atual. São Paulo : Malheiros, 2020, p. 575.

dos diversos ordenamentos estatais que consagram direitos fundamentais.

Assim, se é certo que não há correspondência obrigatória entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, já que há direitos humanos consagrados em normas internacionais que sofrem restrições e são até mesmo completamente rejeitados no ordenamento de determinados Estados, igualmente correto é que se deve buscar uma coincidência entre os dois institutos, sempre com o objetivo de ampliar a proteção, nunca reduzi-la.

Com efeito, a limitação da duração do trabalho é um dos direitos historicamente reclamados², sobretudo a partir da perspectiva de sua redução, como forma de permitir que o indivíduo utilize de forma mais efetiva seu dia para o lazer, para a família e para outros interesses relacionados ao seu bem-estar.

Nesse contexto, o Direito do Trabalho, enquanto conjunto de regras, princípios e institutos, tem como função central a melhoria das condições de trabalho, realizando, assim, a dignidade do ser humano trabalhador, de modo que, para sua materialização, ele contribui com uma gama de direitos destinados à proteção da higidez física e mental do trabalhador, com o objetivo de permitir que o trabalho, mais do que não seja tratado como uma mercadoria, seja um instrumento de dignificação do homem. Há, desse modo, uma ligação entre o surgimento do ramo jurídico especializado e a necessidade de fixação de um patamar máximo de disponibilidade de um indivíduo em benefício do tomador de serviços.

Deve-se buscar, por outro lado, conforme aponta Ricardo Antunes³, uma noção ampliada da classe trabalhadora, de modo a incluir todos aqueles e aquelas que vendem a sua força de trabalho em troca de salário, compreendendo o proletariado industrial, os profissionais do setor de serviço, entre outros.

2.2 NORMAS DE CONTEÚDO GERAL E COM REFLEXOS NO DIREITO À LIMITAÇÃO DA DURAÇÃO DO TRABALHO

² “A redução da jornada diária (ou do tempo semanal) de trabalho tem sido uma das mais importantes reivindicações do mundo do trabalho, uma vez que se constitui num mecanismo de contraposição à extração do sobretrabalho realizado pelo capital, desde sua gênese com revolução industrial e contemporaneamente com a acumulação flexível da era do toytismo e da máquina informacional. Desde o advento do capitalismo a redução da jornada de trabalho tem sido central na ação dos trabalhadores, condição preliminar, conforme disse Marx, para uma vida emancipada [...] Nos dias atuais essa formulação ganha ainda maior concretude, pois mostra-se, contingencialmente, como um mecanismo importante (ainda que, quando considerado isoladamente, bastante limitado) para tentar minimizar o desemprego estrutural que atinge um conjunto enorme de trabalhadores e trabalhadoras. Mas transcende em muito essa

A intensificação da preocupação com o tema da duração do trabalho apenas surgiu na era industrial. No Brasil, conforme será melhor analisado em outro momento, o primeiro ato normativo diz respeito a um Decreto, em 1891, com aplicação apenas no Distrito Federal, limitando a jornada a 09 horas para os “meninos” e para 08 para as “meninas”.

No plano interno dos países estrangeiros, embora haja referência a edição das Leis das Índias, em 1593, que limitou a jornada a 8 horas na Espanha, apenas por volta do século XIX o tema passou a ser objeto de efetiva preocupação⁴.

Tratando especificamente do trabalho do menor (crianças e adolescentes), bastante utilizado durante a Revolução Industrial no Século XVIII e XIX, sobretudo em atividades repetitivas e extenuantes, com jornada de até 16 horas, ante o baixo custo da mão de obra, destaca-se, na Inglaterra, o “Ato da Moral e da Saúde” (Moral and Health Act), de Robert Peel, proibindo o trabalho noturno e limitando a jornada a 12 horas, em 1802. Disposições semelhantes foram editadas posteriormente em países como a França e a Alemanha.

Na sequência, há referência a edição de Lei na Inglaterra, em 1847, que limitou a jornada em 10 horas. Na França, em 1848, houve edição de lei que limitou a jornada em 8 horas para os prestavam serviços em Paris. Nos Estados Unidos, em 1868, fixou-se, por meio de Lei, a jornada dos empregados federais em 8 horas. Na América Latina, o Chile foi o primeiro país a estabelecer o limite de 8 horas para os trabalhadores estatais, em 1908, seguido de Cuba, em 1909, e do Uruguai, em 1915.

É importante observar que, diante dos acontecimentos que devastaram a Europa, provocados sobretudo pelas condições inadequadas de vida, o Estado percebeu a necessidade de intervir nas relações trabalhistas como uma série de normas, disciplinando assuntos diversos, como duração do trabalho, medicina e saúde do trabalho, trabalho da mulher, da criança e do adolescente, regulamentação do salário, solução de conflitos trabalhistas.

É exatamente nesse momento que, no plano

esfera da imediatividade, uma vez que a discussão da redução da jornada de trabalho configura-se como um ponto de partida decisivo, ancorado no universo da vida cotidiana, para, por um lado, permitir uma reflexão fundamental sobre o tempo, o tempo de trabalho, o autocontrole sobre o tempo de trabalho e o tempo de vida. E, por outro, possibilitar o afloramento de uma vida dotada de sentido fora do trabalho”. ANTUNES, Ricardo. Os sentidos do Trabalho : ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho – 2. ed., 10. Reimpr. rev e ampl. – São Paulo : Boitempo, 2009, p. 172.

³ ANTUNES, Ricardo. Os sentidos do Trabalho : ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho – 2. ed., 10. Reimpr. rev e ampl. – São Paulo : Boitempo, 2009, p. 103.

⁴ BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho – 4. ed. rev e ampl. – São Paulo : Ltr, 2008, p. 654.

internacional, identifica-se a origem do Direito do Trabalho, enquanto ramo específico da ciência jurídica, que tem como fundamento o trabalho subordinado em sua acepção clássica nos séculos XVIII e XIX.

Em termos de edição de uma normatização geral no plano internacional, o estudo da limitação da duração do trabalho apenas passa a ter alguma relevância a partir de 1919, com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), uma agência das Nações Unidas, com estrutura tripartite, com representantes do governos, de representantes de trabalhadores e de empregadores. Com efeito, a referida Organização tem "A missão de promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade"⁵.

É de suma importância observar que, já no Preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho e de seu anexo (Declaração da Filadélfia), há expressa referência ao fato de que apenas é possível obter uma melhoria das condições de vida da pessoa, mediante "à regulamentação das horas de trabalho, a fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho"⁶, aspecto necessário a manutenção da paz, da harmonia e da dignidade da pessoa humana.

Percebe-se, pois, a íntima ligação entre a temática da disponibilidade do indivíduo perante o tomador de serviços e a realização dos direitos fundamentais. Nesse ponto, ao contrário do defendido por parte da doutrina, ganha relevo a afirmação que a origem histórica do instituto está mais ligada aos direitos fundamentais (e humanos), e, portanto, ao Direito Constitucional e ao Direito Internacional do que exatamente ao Direito Civil.

Pertinente destacar que a criação da OIT foi motivada, pois, pela necessidade de se promover a universalização de condições mínimas de vida do ser humano enquanto aspecto essencial na produção de bens e serviços. Aqui cabe lembrar que umas das

características dos direitos humanos diz respeito exatamente o seu caráter universalizante, aplicável e garantido a todos, independentemente de condições pessoais ou do país em que viva.

Já na fixação dos princípios fundamentais da OIT, a Declaração da Filadélfia destaca que o trabalho não é uma mercadoria, além de indicar a necessidade de se proporcionar emprego integral para todos e de se elevar o nível de vida.

Igualmente importante, especialmente por ser o instrumento de celebração da paz entre as potências para encerrar a primeira guerra mundial, o Tratado de Versalhes (1919), que preconiza princípios gerais relativos à regulamentação do trabalho. Destaca-se o seu art. 427, que não admite que o trabalho seja tratado como mercadoria, assegura jornada de 8 horas, repouso semanal, salário mínimo, direito de sindicalização, igualdade de salário para trabalho de igual valor, além de dispensar tratamento especial ao trabalho da mulher e do menor⁷.

Não se pode deixar de notar que a internacionalização das normas que fixam direitos relacionados ao trabalho tem como objetivo, além de questões humanitárias, com o estabelecimento de patamares mínimos que devem ser observados por todos os países, evitar que eles busquem alcançar melhor posição no competitivo mercado econômico à custa de baixa proteção social.

Na linha evolutiva das normas acerca do direito à limitação da duração do trabalho, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), aprovada na Assembleia Geral da ONU, com o reconhecimento de direitos fundamentais, individuais e sociais.

O Preâmbulo da referida norma é relevante para sua correta interpretação e aplicação, e, segundo ele, a Declaração Universal dos Direitos do Homem deve ser observada, entre outras razões, diante da previsão no sentido de que "reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis é o

⁵ <https://www.ilo.org/brasil/brasil/conheca-a-oit/lang--pt/index.htm>. Acesso em : 07 jun. 21.

⁶ Conferir na íntegra no Preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho : "Considerando que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social; Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à

afirmação do princípio "para igual trabalho, mesmo salário", à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas; Considerando que a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios.

AS ALTAS PARTES CONTRATANTES, movidas por sentimentos de justiça e humanidade e pelo desejo de assegurar uma paz mundial duradoura, visando os fins enunciados neste preâmbulo, aprovam a presente Constituição da Organização Internacional do Trabalho:" https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em : 07 jun. 21.

⁷ BARROS. Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho – 4. ed.rev e ampl. – São Paulo : Ltr, 2008, p. 68.

fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”⁸.

Entre as diversas normas, destacam-se as constantes dos arts. 23º e 24º, que dispõem sobre os seguintes direitos a “todas as pessoas” : direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho ; direito ao repouso e ao lazer, especialmente uma limitação razoável da duração do trabalho e às férias periódicas remuneradas.

Patente, pois, a feição universalizante dos direitos objeto da Declaração Universal dos Direitos do Homem, enquadrando o direito ao repouso e ao lazer, especialmente uma limitação razoável da duração do trabalho, como um direito humano, sem o qual a dignidade do ser humano não é respeitada.

Na linha do referido em outro momento, as normas que versam sobre o tema não têm conteúdo exclusivamente econômico, mas, também, de ordem social, de saúde, comunitária e familiar.

Desse modo, o ser humano despojado desse direito pode até mesmo ter atingido a sua esfera política, diante do seu isolamento com os demais aspectos essenciais enquanto pessoa, por consistir na destituição do seu papel político.

Nesse sentido, a pluralidade humana deve conduzir a ação, como categoria política, para a integração, evitando-se o isolamento do indivíduo, destituindo-o de seu papel político. Aqui, embora realizada na análise de outro contexto, vale a lição de Hannah Arendt⁹ de que “O isolamento é aquele impasse no qual os homens se vêem quando a esfera política de suas vidas, onde agem em conjunto na realização de um interesse comum, é destruída”.

Vale dizer, então, que o indivíduo que se ativa excessivamente perante o tomador de serviços acaba por se isolar dos demais aspectos inerentes à vida humana, impondo-lhe um prejuízo enquanto ser humano, participante de múltiplos contextos e relações sociais desvinculados do mundo do trabalho.

Necessário, pois, o reconhecimento do direito humano, e, portanto, universal, à limitação razoável da duração do trabalho.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIMITAÇÃO RAZOÁVEL DA DURAÇÃO DO TRABALHO. UMA ANÁLISE DAS NORMAS INTERNAS

Realizada a breve análise sobre a legislação internacional, importante verificar a legislação interna acerca do tema¹⁰.

No Brasil, o primeiro ato normativo foi um Decreto, editado em 1891, limitando a jornada a nove horas para os “meninos” e para oito para as “meninas”. Posteriormente, em 1932 foram editados Decretos, limitando a jornada em oito (8) horas para os comerciários e os industriários, norma que passou a ser aplicada a outros trabalhadores em 1933. A Constituição de 1934¹¹, nesse sentido, generalizou o limite de oito (8) horas¹² para as demais categorias, tanto dos trabalhadores urbanos quanto dos trabalhadores rurais.

Posteriormente, destaca-se a edição da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, em 1943, da Lei n. 605/1949 e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988).

De acordo com a disciplina atual, a CLT, no Título II (“Das Normas Gerais de Tutela do Trabalho”), conta com um capítulo específico para a regulamentação da duração do trabalho (Capítulo II), tratando da jornada de trabalho (Seção II : arts. 58 a 65) e dos períodos de descanso (Seção III : arts. 66 a 72).

No que diz respeito à jornada, o art. 58 da CLT, limitou, em geral, a jornada a oito (8) horas diárias ; o art. 59, trata da possibilidade de pactuação de acordo de compensação e de banco de horas; o art. 59-A, incluído pela Reforma Trabalhista – Lei n. 13.467/2017, permite a estipulação do regime de doze (12) horas de trabalho por trinta e seis (36) horas de descanso; o

⁸ www.declaracao1948.com.br. Acesso em : 08 jun. 21.

⁹ ARENDT, Hannah. Origens do totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 527.

¹⁰ Conferir interessante texto sobre o tema da duração do trabalho no site do Tribunal Superior do Trabalho (TST): “[...] História a jornada de trabalho. A limitação da duração do trabalho é considerada uma das principais conquistas dos trabalhadores na história mundial e do Brasil. A partir da Revolução Industrial, iniciada no século XVIII, o trabalho ganhou outra configuração com a introdução das máquinas na produção.

No Brasil, o processo de industrialização começou a se instalar a partir do início século XX. Sem regulamentação alguma, o que vigorava era o regulamento de cada fábrica, e alguns trabalhadores chegavam a trabalhar entre 14 e 18 horas por dia. Data dessa época a organização dos primeiros sindicatos e as primeiras greves, que tinham entre as principais reivindicações a restrição da duração do trabalho.

A matéria, no entanto, levaria algum tempo até ser regulamentada na Constituição de 1934, que passou a prever que a duração do

trabalho seria de oito horas diárias, entre outros direitos [...]”. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jornada-de-trabalho>. Acesso em : 07 de jun. 2021.

¹¹ “Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: [...] c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei; [...]”. BRASIL. [Constituição (1934)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de Julho de 1934). Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 08 jun. 21.

¹² BARROS. Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho – 4. ed.rev e ampl. – São Paulo : Ltr, 2008, p. 654.

art.59-B, também incluído pela Reforma Trabalhista, versa sobre as consequências de irregularidade no regime de compensação de jornada ; o art. 60 trata da prorrogação da jornada em atividade insalubre ; o art. 61 trata da possibilidade de prorrogação da jornada, em caso de necessidade imperiosa ; o art. 62, CLT, dispositivo que será melhor analisado em outro momento, exclui determinados trabalhadores do capítulo da duração do trabalho.

Já quanto aos períodos de descanso, o art. 66 disciplina o intervalo interjornada, prevendo que entre duas jornadas é necessário conceder um período mínimo de onze (11) horas consecutivas de descanso ; os arts. 67 a 70, em parte alterados pela Lei n. 605/1949, determinam o repouso semanal remunerado de vinte e quatro horas (24) ; os arts. 71 e 72 tratam do intervalo intrajornada, destacando-se a norma que impõe um intervalo de quinze (15) minutos quando a jornada for superior a quatro (4) e inferior a seis (6) e de um intervalo de no mínimo uma (1) e no máximo duas (2), quando a jornada for superior a seis (6).

Posteriormente, na linha cronológica, houve a edição da Lei n. 605/49, que dispõe acerca do repouso semanal remunerado e o pagamento de salário nos dias feriados civis e religiosos. Em caso de ausência de concessão de folga no dia do repouso ou no feriado, sem destinação de outro dia, na mesma semana, para descanso, o empregado tem direito à percepção do dobro da remuneração¹³.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) 14, por seu turno, embora tenha mantido essencialmente o limite diário em oito (8) horas, reduziu o módulo semanal para quarenta quatro (44) horas ; fixou a jornada em turnos ininterruptos de revezamento em seis (6) horas, salvo negociação coletiva ; reafirmou a necessidade de concessão de repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos ; estabeleceu adicional de remuneração pelo labor extraordinário em, no mínimo, cinquenta por cento (50%) ; estabeleceu gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal.

A despeito das alterações constitucionais, sob esse ponto de vista estritamente normativo, não terem sido substanciais, o fato é que a CRFB/88

promoveu profundas alterações na interpretação das normas que versam sobre os direitos fundamentais, ante a constitucionalização de inúmeros direitos fundamentais do trabalhador.

Desse modo, coerente com essa linha de pensamento, rememora-se a chamada constitucionalização do direito, de acordo com a qual todo o direito deve ser lido à luz da Constituição.

Não se pode desconsiderar que a CRFB/88, na qualidade de pacto político fundamental do Estado brasileiro, goza de supremacia sobre as demais normas do ordenamento jurídico, prevendo uma série de direitos e garantias fundamentais, assim considerados como aqueles inerentes à pessoa, os mínimos para uma existência digna, entre eles os direitos trabalhistas, considerados de segunda dimensão, consagrando o valor igualdade, exigindo, portanto, uma atuação por parte do Estado.

Aqui é relevante lembrar que, além da tradicional eficácia vertical, existente na relação entre o particular e o Estado, os direitos fundamentais também têm a chamada eficácia horizontal, vinculando, igualmente, os particulares nas relações entre si, sobretudo quando identificada a vulnerabilidade de uma das partes, com a verificação de assimetria entre elas, hipótese em que parte da doutrina denomina de eficácia diagonal dos direitos fundamentais.

Por outro lado, prevê a CRFB/88 o valor social do trabalho e a livre iniciativa, determinando que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, entre outros, os princípios da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais e busca do pleno emprego (CRFB/88, arts. 1º, IV, e 170, I a VIII).

Acerca desse relevante valor social do trabalho, Ricardo Antunes¹⁵ aponta que ele é dotado de intrínseca dimensão teleológica. E, como tal, mostra-se como uma experiência elementar da vida cotidiana, sendo necessário reconhecer o papel fundante do trabalho na gênese e no fazer-se social.

¹³ Conferir nesse sentido a Súmula n. 146, TST : "SUM-146 TRABALHO EM DOMINGOS E FERIADOS, NÃO COMPENSADO (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 93 da SBDI-I) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O trabalho prestado em domingos e feriados, não compensado, deve ser pago em dobro, sem prejuízo da remuneração relativa ao repouso semanal."

¹⁴ "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; [...]". BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 abr. 21.

¹⁵ ANTUNES, Ricardo. Os sentidos do Trabalho : ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho - 2. ed., 10. Reimpr. rev e ampl. - São Paulo : Boitempo, 2009, p. 167.

O trabalho, pois, para além do aspecto meramente produtivo, é uma experiência elementar da vida cotidiana.

Nesse contexto, cumpre destacar que o direito à limitação da duração do trabalho tem caráter fundamental, pois essencial a uma vida digna, sendo garantido pela CRFB/88. Deve-se partir, pois, da premissa de que as normas relativas à duração do trabalho não são de conteúdo exclusivamente econômico, tendo importante papel em aspectos relacionados à saúde e a inserção do ser humano trabalhador em outras atividades sociais e comunitárias.

Se não bastasse, é relevante lembrar que se encontram, entre os objetivos da República Federativa do Brasil¹⁶, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; que o Brasil deve pautar a sua atuação, na esfera nacional e internacional, pela prevalência dos direitos humanos¹⁷. Sem dúvidas, a limitação razoável da duração de trabalho está em consonância com tais objetivos, sendo importante instrumento na promoção do bem de todos.

Por outro lado, a CRFB/88 preconiza a existência de um "catálogo aberto" de direitos e garantias fundamentais, prevendo expressamente que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (art. 5º, § 2º), regra complementada pelo § 3º do mesmo artigo 5º, que permite, observado determinado procedimento, que os tratados internacionais sejam incorporados com hierarquia de emenda constitucional.

Vale dizer, a noção de "bloco de constitucionalidade", estabelecida pela CRFB/88, é bastante ampla, sendo possível afirmar que o rol de direitos e garantias previstos na norma nacional é meramente exemplificativo, não exaustivo.

Isto coincide, inclusive, com o disposto na Constituição da Organização Internacional do Trabalho - OIT (art. 19, § 8º)¹⁸, segundo a qual, havendo conflito entre a legislação interna de um país e uma norma internacional, deve prevalecer a regra mais

favorável ao prestador de serviços, isto é, uma Convenção ratificada por determinado país não pode alterar regras nacionais mais favoráveis ao trabalhador. É o que se chama de condição nacional mais favorável à pessoa humana.

Desse modo, sob o aspecto estritamente normativo, é possível afirmar que, no Brasil, a confluência das normas internacionais e internas são, em geral, suficientes para tutela do direito à limitação razoável da duração do trabalho à generalidade dos trabalhadores.

Sucedendo que, no diz que diz respeito aos trabalhadores em regime de teletrabalho, há disciplina específica na legislação nacional, que os excepciona das regras gerais sobre a duração do trabalho, aspecto que será melhor examinado no próximo tópico.

4 TELETRABALHO. EVOLUÇÃO DO TEMA NO BRASIL

4.1 SURGIMENTO DO INSTITUTO

A origem do Direito do Trabalho enquanto ramo específico da ciência jurídica tem como fundamento o trabalho subordinado em sua acepção clássica, encontrado no interior das fábricas e indústrias típicas da industrialização inicial ocorrida nos séculos XVIII e XIX.

Ocorre que a crise vivenciada pelo próprio Direito do Trabalho a partir do final do século XX, as alterações estruturais ocorridas no mundo do trabalho contemporâneo e o consequente surgimento de novas espécies de trabalhadores, bem como, por fim, o surgimento de uma nova filosofia de produção, de origem japonesa, denominada Toyotismo, que horizontalizou a empresa e fez o empregado internalizar o poder diretivo, colocaram a ideia de subordinação jurídica clássica em crise.

Além disso, as novas formas de trabalho surgidas no mundo do trabalho assumem feições e características que relativizam a ideia de sujeição do trabalhador às ordens intensas e diretas do tomador dos serviços, permitindo que o trabalho possa ser realizado a distância.

¹⁶ "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação." BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 abr. 21.

¹⁷ "Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos; (...)". BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 abr. 21.

¹⁸ <https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 07 jun. 21.

Ricardo Antunes¹⁹, ao discorrer acerca das tendências do mundo do trabalho, aponta que

[...] esse desenho das tendências que vêm caracterizando o mundo do trabalho devemos mencionar também a expansão do trabalho em domicílio, propiciada pela desconcentração no processo produtivo, pela expansão de pequenas e médias unidades produtivas, de que é exemplo a "terceira Itália". Com a introdução da telemática, a expansão das formas de flexibilização (e precarização) do trabalho, o avanço da horizontalização do capital produtivo e a necessidade de atender a um mercado mais "individualizado", o trabalho em domicílio vem presenciando formas de expansão em várias partes do mundo [...]

Quanto ao aspecto legislativo, para efeito de reconhecimento da relação de emprego, atualmente, entende-se que é irrelevante o local da prestação de serviços pelo empregado, que pode ser até mesmo a residência deste. Neste caso, chama-se de trabalho a distância (home office), pelo fato da prestação de serviços ocorrer fora do estabelecimento empresarial, sendo certo que a Lei n. 12.551/2001, alterando o art. 6º da CLT²⁰, reafirmou a possibilidade de reconhecimento da natureza empregatícia dessa relação jurídica.

Mais recentemente, a Lei n. 13.467/2017 – Reforma Trabalhista inseriu na CLT os artigos 75-A a 75-E, regulamentando a figura do teletrabalho, assim considerada a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo (art.75-B, CLT). Assim, é possível afirmar que teletrabalho é uma espécie de trabalho a distância, na medida em que exige um requisito específico para sua configuração, qual seja, que o empregado utilize, necessariamente, tecnologias de informação e de comunicação.

A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado. Se o contrato já estiver em vigor, a formalização deve ser feita por meio de aditivo contratual. Nesse caso, poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual, mas poderá, posteriormente, ser realizada

a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual (art. 75-C, "caput" e § 1º e 2º, CLT).

Vale dizer, enquanto a alteração do regime presencial para teletrabalhado depende de consentimento mútuo, até mesmo porque, nesse caso, a prestação de serviços, possivelmente, se dará no domicílio do empregado, com reflexos na sua relação familiar, o retorno ao regime presencial pode decorrer de ato unilateral do empregador, como uma decorrência do seu poder diretivo e do jus variandi.

Segundo dados do IPEA²¹ – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – cerca de 22,7% dos empregos existentes no Brasil podem ser realizados inteiramente fora do estabelecimento do empregador. E, de fato, o teletrabalho tem sido cada vez mais utilizado, sobretudo no contexto de intensa utilização das tecnologias de comunicação e de informação, de modo que a tendência é a ampliação do percentual das atividades desempenhadas fora do estabelecimento do empregador.

Sucedendo que, entre os aspectos sensíveis do teletrabalho, destaca-se o disposto no art. 62, CLT, alterado pela Reforma Trabalhista, com a inclusão do inciso III, passando a contar com a seguinte redação

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: (Redação dada pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial. (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

III - os empregados em regime de teletrabalho. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de

¹⁹ ANTUNES, Ricardo. Os sentidos do Trabalho : ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho – 2. ed., 10. Reimpr. rev e ampl. – São Paulo : Boitempo, 2009, p. 114.

²⁰ "BRASIL. [CLT]. DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República. "Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que

estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 08 jun. 21.

²¹. Acesso em : 07 jun. 2021.

confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento). (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

Conforme apontado, a limitação da duração do trabalho é um dos direitos historicamente reclamados, como forma de permitir que o indivíduo utilize de forma mais efetiva seu dia para o lazer, para a família e para outros interesses relacionados ao seu bem-estar, estando previsto tanto em normas internacionais quanto no ordenamento jurídico brasileiro.

E, conforme a literalidade do disposto no art. 62, CLT, o enquadramento do indivíduo em uma das três situações retira-lhe o direito às normas relativas à jornada de trabalho, tais como horas extraordinárias, adiciona noturno, intervalo intrajornada e interjornada. Remanesce, apenas, o direito ao repouso semanal remunerado, já que se trata de direito, como visto, expressamente previsto na CRFB/88 e disciplinado por norma específica (Lei n. 605/1949).

Cabe apontar que, com a CRFB/88, houve controvérsia acerca da constitucionalidade do mencionado art. 62, CLT, que, embora seja um dispositivo originariamente previsto na CLT, em 1943, teve sua redação alterada pela Lei n. 8.966/1994, e, mais recentemente, como visto, pela Lei n. 13.467/2017.

Entretanto, o certo é que prevaleceu o entendimento²² no sentido de que a regra geral prevista na CRFB/88, sobretudo no art. 7º, XIII e XIV, não impede que sejam admitidas situações especiais. Assim, em hipóteses excepcionais, possível admitir algumas restrições ao direito à limitação da duração do trabalho, como, ilustrativamente, nos casos de trabalhadores que ostentam uma posição diferenciada na empresa, possuindo elevados poderes de mando e gestão, além de perceberem patamar salarial também diferenciado, à base de, no mínimo, 40% a mais do salário do cargo efetivo (considerada a gratificação de função, se houver) e do trabalhador que exerce atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho.

Ademais, necessário ainda que o empregador não controle a jornada expendida pelo trabalhador, sob pena de incidir a regra geral, com o

reconhecimento do direito às horas extraordinárias eventualmente prestadas.

No caso do teletrabalhador, entretanto, defende-se, nesse artigo, que há um descompasso entre a previsão normativa (art. 62, III, CLT) e a realidade, de modo que não se justifica a sua exclusão das normas relativas à duração do trabalho.

Isto porque, se a utilização de ferramentas tecnológicas na prestação de serviços é inerente ao conceito e caracterização do teletrabalho (art. 75-B, CLT), é evidente que tais ferramentas tecnológicas, até mesmo pela multiplicidade de recursos existentes, constituem-se em instrumentos de controle à distância por parte do empregador.

Atualmente, no contexto da Quarta Revolução Industrial, vivencia-se uma hiperconexão, mediante a utilização, muitas vezes concomitante e por mais de um dispositivo (ilustrativamente, celular e computador), de diversas ferramentas tecnológicas, tais como chat, correios eletrônicos, aplicativos de mensagens instantâneas, webcam. Logo, entende-se que se a utilização de tais ferramentas tecnológicas é elemento essencial para a configuração do regime de teletrabalho, é evidente que elas permitem o tomador de serviços controlar a duração do trabalho, pelo que o art. 62, III, CLT, no particular, não é compatível com a CRFB/88.

Com efeito, as normas constitucionais que consagram direitos fundamentais, inclusive os sociais, vinculam o legislador, impondo-se a este que edite normas infraconstitucionais adequadas aos valores incorporados no texto constitucional, e, ao mesmo tempo, impede que, na regulamentação de temas nele previstos, confira uma proteção insuficiente, em patente violação ao princípio da proporcionalidade.

É certo que o princípio da proporcionalidade, embora não seja expressamente previsto na CRFB/88, decorre do princípio do devido processo legal, na sua vertente substancial, condicionando a atividade do Estado na edição, aplicação e interpretação das normas, ou seja, as atividades típicas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Logo, na regulamentação de um direito fundamental, incorre em inconstitucionalidade, por

²² Retratando o entendimento prevalecente: "Mas atenção: cria aqui a CLT apenas uma presunção - a de que tais empregados não estão submetidos, no cotidiano laboral, a fiscalização e controle de horário, não se sujeitando, pois, à regência das regras sobre jornada de trabalho. Repita-se: presunção jurídica [...] e não discriminação legal. Desse modo, havendo prova firme (sob o ônus do empregado) de que ocorria efetiva fiscalização e controle sobre o cotidiano da prestação laboral, fixando fronteiras claras à jornada de trabalho, afasta-se a presunção legal instituída, incidindo o conjunto das regras clássicas concernentes à duração do trabalho". DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma

trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores —Mauricio Godinho Delgado. — 18. ed.— São Paulo : LTr, 2019, p. 1067.

²³ Também retratando o entendimento prevalecente pela constitucionalidade do art. 62, CLT, a Súmula n. 287, TST: "SUM-287 JORNADA DE TRABALHO. GERENTE BANCÁRIO (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A jornada de trabalho do empregado de banco gerente de agência é regida pelo art. 224, § 2º, da CLT. Quanto ao gerente-geral de agência bancária, presume-se o exercício de encargo de gestão, aplicando-se o art. 62 da CLT."

violação ao princípio da proporcionalidade, enquanto vedação à proteção insuficiente, norma legal que disciplina um direito sem se busque densificar o comando normativo constitucional, e, ao contrário, intenta subtrair o direito, criando uma exceção incompatível com a Constituição. Pertinente lembrar que, com o neoconstitucionalismo, a Constituição deve ser entendida como norma superior não apenas no aspecto formal, mas, também, no aspecto axiológico, vinculando todo o sistema jurídico.

Nesse contexto, a proteção jurídica diferenciada dos direitos fundamentais impõe, para além da mera proibição de supressão ou redução do seu núcleo essencial, a vedação a proteção manifestamente insuficiente, o que pode ocorrer quando o Legislador, a pretexto de regulamentar um direito fundamental, cria restrições e limites não autorizados pelo texto constitucional.

Há, aqui, violação à proteção dos direitos fundamentais, especialmente quanto a sua dimensão positiva, a qual, pelo grau de importância para o tema abordado no presente artigo, merece algumas considerações. Antes, porém, necessário enfrentar a temática da dupla perspectiva ou dimensão dos direitos fundamentais.

Com efeito, os direitos fundamentais podem ser analisados sob a ótica de direitos subjetivos, ou seja, como uma faculdade colocada à disposição do titular de exigir a sua observância. Importa, desse modo, na vinculatividade normativo-constitucional, afastando-se, pois, da noção de que os direitos fundamentais são meros programas, promessas estatais destituídas de qualquer efetividade e exigibilidade.

A par da dimensão subjetiva, reconhece-se a dimensão de ordem objetiva, de acordo com a qual dos direitos fundamentais são considerados valores éticos que fundamentam todo o ordenamento jurídico, atuando diretamente na criação, interpretação e aplicação das normas. Há, desse modo, o reconhecimento da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, destacando-se a eficácia irradiante, a função de defesa, de prestação ou promoção, e, por fim, de proteção.

A eficácia irradiante impõe a vinculação de todos os Poderes do Estado na concretização dos direitos fundamentais, desde a inserção no ordenamento jurídico até a sua interpretação e aplicação. Na interpretação e aplicação de todas as normas, deve-se levar em conta os valores consagrados pelo sistema, mediante a análise da compatibilidade com a Constituição, ou seja, mediante o procedimento de "filragem constitucional".

A função de defesa (ou negativa) dos direitos fundamentais está ligada a noção de que o Estado, na sua competência legislativa, deve abster-se de criar embaraços na concretização dos direitos

fundamentais, sobretudo na esfera individual. Está ligada, pois, ao exercício do direito de liberdade do indivíduo.

O Estado, além de abster-se em relação a determinadas esferas do indivíduo, deve atuar positivamente, criando condições para que os direitos fundamentais possam ser exercidos, inclusive mediante a concessão de certas prestações – função de prestação/promoção. Destaque-se que a presente função está intimamente relacionada aos direitos fundamentais sociais, direitos de segunda geração/dimensão, a exigir uma atuação positiva por parte do Estado.

Por fim, a função de proteção obriga o Estado a zelar pela tutela dos direitos fundamentais, mediante uma dupla atuação: em face de atos praticados pelo poder público (eficácia vertical dos direitos fundamentais) e em face de atos praticados por particulares (eficácia horizontal e eficácia diagonal dos direitos fundamentais).

Não se pretende, por outro lado, sustentar a inconstitucionalidade de toda e qualquer norma que excepcione o reconhecimento de um direito fundamental. Isto porque não se desconsidera que nenhum direito fundamental é absoluto, devendo conviver, harmonicamente, com outros direitos igualmente fundamentais, conforme a característica da relatividade dos direitos fundamentais.

Busca-se, outrossim, demonstrar que o art. 62, III, CLT, longe de se compatibilizar com o art. 7º, XIII, CRFB/88, diante do atual estado do desenvolvimento tecnológico, busca, por meio de norma legal, subtrair direito fundamental previsto na Constituição, violando à proteção constitucional do direito fundamental e

criando uma tutela jurídica manifestamente insuficiente²⁴. É relevante destacar, na linha do apontado anteriormente, que os direitos fundamentais são assim considerados os essenciais a uma vida digna, tendo íntima conexão com a dignidade da pessoa humana. Igualmente relevante constatar que a limitação à duração razoável do trabalho constitui uma conquista histórica da sociedade, justamente por se entender que o ser humano atende a múltiplas relações sociais, não sendo possível compreendê-lo tão somente enquanto um ser produtivo, sob pena de lhe subtrair aspectos inerentes à própria vida humana.

Esse fenômeno de constitucionalização dos direitos sociais, claramente identificado quanto à limitação da duração do trabalho está inserido no contexto geral de constitucionalização dos direitos sociais em geral pela CRFB/88, aspecto ligado a centralidade da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico e com o reconhecimento do Estado Constitucional de Direito. Tratando desta relação, e citando Peter Häberle, Ingo Sarlet²⁵ explica que

[...]ao mesmo tempo em que a dignidade da pessoa humana, na sua condição de "premissa antropológica" do Estado Constitucional e do Direito estatal, implica o dever do Estado de impedir que as pessoas sejam reduzidas à condição de mero objeto

no âmbito social, econômico e cultural, o princípio democrático-pluralista, como consequência organizatória da própria dignidade da pessoa humana, assim como os direitos político-participativos que lhe são inerentes, exige um mínimo de direitos sociais, que viabilizem a efetiva participação do cidadão no processo democrático-deliberativo de uma autêntica sociedade aberta.

Desse modo, no atual contexto, em que se objetiva incremento na produtividade dos indivíduos, e em que se disseminam práticas abusivas com tal intento, havendo uma verdadeira telepressão e hiperconexão, subtrair do indivíduo um direito tão caro, com nítidos reflexos nas demais esferas das relações humanas, não se compatibiliza com a CRFB/88 e com as normas internacionais, sobretudo ao assegurar a abertura material do catálogo de direitos fundamentais, e, mais ainda, diante do princípio da condição e da norma mais favorável (princípio da progressividade de direitos).

²⁴ Analisando o tema da proteção manifestamente insuficiente dos direitos fundamentais, mais especificamente a possibilidade de a lei criar prazos diferenciados para licença adotante e a licença gestante, importante julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF). BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). "EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. EQUIPARAÇÃO DO PRAZO DA LICENÇA-ADOTANTE AO PRAZO DE LICENÇA-GESTANTE. 1. A licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor. 2. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. 3. Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, a dificuldade de viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês. Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças mais velhas. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. 4. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a

realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. Dívida moral do Estado para com menores vítimas da inepta política estatal de institucionalização precoce. Ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas. 5. Mutação constitucional. Alteração da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Superação de antigo entendimento do STF. 6. Declaração da inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/1990 e dos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º da Resolução CJF nº 30/2008. 7. Provimento do recurso extraordinário, de forma a deferir à recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença previstos no art. 7º, XVIII, CF, acrescidos de 60 dias de prorrogação, tal como estabelecido pela legislação em favor da mãe gestante. 8. Tese da repercussão geral: "Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada". (RE 778889, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016). Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=RE%20778889&base=acordaos&sino_nimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP. Acesso em: 10 jun. 2021

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. Rev. TST, Brasília, vol. 75, no 3, jul/set 2009.

4.2. A PANDEMIA CAUSADA PELO NOVO CORONAVÍRUS

Que a utilização do regime de teletrabalho vem a ganhando adesão com o passar do tempo, não se duvida. Ocorre que, no ano de 2020, houve uma verdadeira explosão do teletrabalho²⁶.

Ainda em janeiro de 2020, teve início o surto da Covid-19 na China, causado pelo novo coronavírus, que logo se espalhou para outros países, chegando, com bastante intensidade, na Europa, sobretudo na Itália, Espanha e Reino Unido, e, posteriormente, na América.

No Brasil, embora, segundo dados oficiais do Ministério da Saúde, o primeiro caso de contaminação pelo novo coronavírus tenha ocorrido apenas em 26 de fevereiro de 2020, já no dia 03 do referido mês foi Declarado Estado de Emergência Sanitária.

Em 11 de março de 2020, diante da gravidade da situação e da escala mundial do novo coronavírus, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou a existência uma pandemia, isto é, doença infecciosa que se espalha entre a população de diversos continentes, com transmissão sustentada (comunitária/local).

Com o agravamento do quadro, tanto em âmbito internacional como nacional, provocado pela expansão do novo coronavírus, o Poder Público passou a adotar uma série de medidas restritivas, com a determinação de isolamento/quarentena (Lei n. 13.982/2020), a fim de permitir o distanciamento social, dada a inexistência de outro meio eficaz para frear a contaminação.

Diante disso, determinou-se a suspensão ou redução das atividades, com exceção das consideradas essenciais, surgindo, desse modo, a dificuldade de compatibilizar tais medidas sanitárias e de saúde pública com as relações de trabalho, em razão da notória dificuldade do setor produtivo de honrar as suas obrigações legais e contratuais em momento de suspensão ou redução das suas atividades.

Nesse contexto, foram editadas diversas Medidas Provisórias, entre elas as de número 927, 928, 936, 944, 945 e 946, na tentativa de encontrar soluções para enfrentamento do estado de emergência de saúde pública.

Entre as Medidas Provisórias editadas em 2020, destaca-se a de n. 927/2020, cuja validade encerrou-se no dia 19/07/2020, em virtude de ausência de apreciação pelo Senado Federal. Entre medidas trabalhistas, autorizou a referida norma a adoção do

regime do teletrabalho, por ato unilateral do empregador.

Posteriormente, ao contrário do desejado, a situação decorrente da pandemia se agravou em 2021, impondo a adoção de novas medidas, semelhantes às implementadas em 2020, motivando a edição das recentes Medidas Provisórias de n. 1.045 e 1.046, igualmente na tentativa de encontrar soluções trabalhistas para enfrentamento do estado de emergência de saúde pública. Nesse ponto, cabe apontar que a Medida Provisória n. 1.046 repete, em grande medida, as disposições constantes da Medida Provisória n. 927, inclusive no que diz respeito a adoção do regime de teletrabalho.

É fato que, mesmo que se reconheçam certas desvantagens no regime do teletrabalho, ilustrativamente, dificuldade de compatibilizar aspectos pessoais e familiares do empregado com a prestação dos serviços, ele é uma realidade, reforçada pela pandemia da Covid-19, surgindo daí a necessidade de aprofundamento do tema, a fim de sanar eventuais dúvidas interpretativas.

Por outro lado, a pandemia causada pela Covid-19, certamente, fará com que a teletrabalho passe ser adotado em atividades antes imaginadas como incompatíveis, e, nesse contexto, torna-se ainda mais imperioso o debate acerca constitucionalidade da norma que exclui tais trabalhadores do regime da duração do trabalho (art. 62, III, CLT), sobretudo quando as pesquisas indicam que o teletrabalho tende a ampliar a disponibilidade do tempo do empregado em benefício do empregador.

Nesse sentido, pesquisa da Organização Mundial de Saúde (OMS) demonstrou substancial aumento da jornada associado ao regime de teletrabalho, com diversos riscos à saúde do trabalhador, muitos vezes agravados pela dificuldade de compatibilização entre os afazeres profissionais e domésticos. Diante disso, a citada Organização solicitou que todos os países do mundo adotem uma legislação que limite a duração do trabalho também dos trabalhadores em regime de teletrabalho²⁷.

A par disso, embora ainda não se saiba com exatidão em que medida o regime de teletrabalho continuará a ser adotado para os trabalhadores que até o início da pandemia prestavam serviços presencialmente, pesquisas realizadas com grandes empresas indicam que a tendência é a permanência do

²⁶ Nesse sentido, interessante pesquisa realizada pelo DataSenado, demonstrando que cerca de 14 milhões de trabalhadores passaram a trabalhar sob o regime de teletrabalho por ocasião da pandemia da Covid. Conferir em : <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/10/02/pesquisa-do-datasenado-aponta-aumento-da-produtividade-em->

decorrencia-do-teletrabalho-na-pandemia. Acesso em : 10 de jun. 2021.

²⁷ Conferir a respeito do assunto interessante matéria pela Agência Brasil em : <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2021-05/oms-longas-horas-de-trabalho-aumentam-risco-de-morte>. Acesso em : 11 de jun. de 2021.

teletrabalho²⁸.

Este cenário, indicando o aumento significativo do teletrabalho, impõe e torna urgente, pois, a discussão acerca do caráter excludente e dissociado da realidade da norma que subtrai do teletrabalhador o direito à limitação razoável da duração do trabalho, direito humano e fundamental, previsto em normas internas e internacionais.

Nesse sentido, entende-se elogiável a iniciativa do Deputado Federal João Daniel, do Estado de Sergipe, que apresentou Projeto de Lei (PL n. 4831/2020)²⁹, com o objetivo de, alterando a CLT, entre outros aspectos, fixar que a jornada no teletrabalho atenderá as mesmas normas do trabalho presencial, ficando expressamente proibido ao empregador extrapolar formal ou informalmente os limites fixados em lei.

A aprovação do referido Projeto é necessária. Isto porque, como visto, é essencial promover a compatibilização da legislação ordinária com o texto constitucional e com as diversas normas internacionais que atribuem à pessoa o direito humano e fundamental à limitação razoável da duração do trabalho, tutela jurídica essencial a preservação da dignidade da pessoa humana.

Impõe-se, pois, que o tema seja objeto de reflexão, a fim de, conforme apontado por Ricardo Antunes³⁰, seja viabilizado o afloramento de uma vida dotada de sentido fora do trabalho.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível concluir que :

I) O direito à limitação razoável da duração do trabalho é um dos direitos historicamente reclamados, como forma de permitir que o indivíduo utilize de forma mais efetiva seu dia para o lazer, para a família e para outros interesses relacionados ao seu bem-estar, estando previsto tanto em normas internacionais quanto no ordenamento jurídico brasileiro;

II) Enfoca-se, pois, o indivíduo e suas múltiplas relações, entendendo-se que, a despeito da importância do trabalho, enquanto instrumento de produção de riqueza e de relevante aspecto econômico, deve ser entendido, igualmente, como meio de dignificação, sem que signifique, portanto, obstáculo a fruição de direitos essenciais a uma vida digna ;

III) As normas internacionais e nacionais, em geral, tutelam efetivamente a limitação razoável da duração do trabalho ;

IV) No Brasil, no caso do teletrabalho, há uma regulamentação que exclui os trabalhadores do regime de duração do trabalho ;

V) Diante do estado atual do desenvolvimento tecnológico, e sendo a utilização de tecnologia de informação e comunicação elemento integrante e essencial para o enquadramento como teletrabalho, não se justifica a exclusão do direito à limitação razoável da duração do trabalho dos teletrabalhadores, contrariando normas internacionais e internas acerca do tema ;

VI) É evidente, pois, a inconstitucionalidade do disposto no art. 62, III, CLT ;

VII) O teletrabalho tem sido cada vez mais utilizado. Com a pandemia da Covid – 19, e com a necessidade de adoção de medidas de isolamento social, pesquisas demonstram o aumento da contratação sob o regime do teletrabalho, e, ao mesmo tempo, elevação do tempo de labor nessa modalidade;

VIII) É urgente o debate acerca do tema do direito à limitação razoável da duração do trabalho no regime de teletrabalho. Desse modo, a aprovação do Projeto de Lei (PL n. 4831/2020), que tem objetivo de, alterando a CLT, entre outros aspectos, fixar que a jornada no teletrabalho atenderá as mesmas normas do trabalho presencial, ficando expressamente proibido ao empregador extrapolar formal ou informalmente os limites fixados em lei, deve ser uma prioridade nas ações legislativas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANTUNES, Ricardo. Os sentidos do Trabalho : ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho – 2. ed., 10. Reimpr. rev e ampl. – São Paulo : Boitempo, 2009.

ARENDT, Hannah. Origens do totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. BARROS. Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho – 4. ed.rev e ampl. – São Paulo : Ltr, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 35 ed. atual. São Paulo : Malheiros, 2020.

²⁸ Conferir a respeito do assunto interessante matéria pela Agência Brasil em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-04/trabalho-em-home-office-tende-continuar-apos-fim-da-pandemia>. Acesso em : 11 de jun. de 2021

²⁹https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0y82i1xor8vro2qbv1u7zft315436888.node0?codt

eor=1934565&filename=PL+4831/2020. Acesso em : 11 de jun. de 2021

³⁰ ANTUNES, Ricardo. Os sentidos do Trabalho : ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho – 2. ed., 10. Reimpr. rev e ampl. – São Paulo : Boitempo, 2009, p. 172.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores —Mauricio Godinho Delgado. — 18. ed.— São Paulo : LTr, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. Rev. TST, Brasília, vol. 75, no 3, jul/set 2009.

AS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELO PASSAPORTE VACINAL – COVID-19 – E A DICOTOMIA ENTRE OS DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS



José Paulo Bittencourt Júnior¹

O presente trabalho tem como o objetivo realizar a análise de como o passaporte vacinal da COVID-19 foi qualificado como medida de saúde coletiva, e se sua imposição foi de encontro ao direito individual de liberdade e em que medida essa garantia pode ter sido, ou não, afrontada. A pesquisa é de cunho exploratório e se utiliza da pesquisa bibliográfica e documental, pois além da análise doutrinária acerca do tema central, será realizado o levantamento jurisprudencial acerca das ADI's propostas no STF relacionadas ao dito passaporte vacinal. Ressalta-se que o método de pesquisa é o dedutivo, pois parte-se de princípios tidos como verdadeiros ou indiscutíveis para se chegar a uma conclusão puramente formal em virtude de sua lógica. Ou seja, parte-se, basicamente de um silogismo, que é um tipo de argumento lógico que aplica o raciocínio dedutivo para extrair uma conclusão de duas ou mais proposições, que se supõe sejam verdadeiras. Conclui-se, no tocante a exigência da comprovação da vacinação contra a COVID-19 para acessar determinados espaços, como repartições públicas, escolas, bares e restaurantes, que a medida é constitucional e não afronta o direito de liberdade do cidadão, devendo ser adotada sempre que houver o risco de relativização dos direitos coletivos fundamentais à vida e à saúde.

Palavras-chave: COVID-19; direitos individuais e coletivos; pandemia; passaporte de vacina.

¹ Mestrando do PPGD em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário de Curitiba (UNICURITIBA). Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). E-mail: jpbittencourt@msn.com <http://lattes.cnpq.br/7514896828274238>

THE RESTRICTIONS IMPOSED BY THE VACCINE PASSPORT – COVID-19 – AND THE DICHOTOMY BETWEEN INDIVIDUAL AND COLLECTIVE RIGHTS



Luiz Eduardo Gunther²

The present work aims to analyze how the COVID-19 vaccine passport was qualified as a collective health measure if its imposition was against the individual right to freedom of movement and to what extent this Constitutional right may or may not have been removed. The research is exploratory and uses bibliographic and documentary sources, in addition to the doctrinal analysis on the main theme, the case law survey will be carried out on the ADIs proposed in the STF related to the mentioned vaccine passport. It is noteworthy that the research method is deductive, as it starts from principles considered to be true or indisputable to reach a formal conclusion by virtue of its logic. That is, it basically starts from a syllogism, which is a type of logical argument that applies deductive reasoning to reclaim a conclusion from two or more propositions, which are supposed to be true. It is accomplished, regarding the requirement of COVID-19 proof of vaccination in certain public spaces, such as government offices, schools, bars and restaurants, that the measure is constitutional and does not outrage the freedom of movement's citizens right, and should be allowed whenever there is a concerning between a collective life's risk and the fundamental public right to health.

Keywords: COVID-19; individual and collective rights; pandemic; vaccine passport.

²Orientador: Pós-Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Docente do PPGD em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário de Curitiba (UNICURITIBA). E-mail: luiz.gunther@uol.com.br

INTRODUÇÃO

Para desenvolver o presente artigo foi realizado o estado da arte com a seguinte pergunta: em que medida o passaporte vacinal da COVID-19, medida de saúde coletiva, se contrapõe ao direito individual de liberdade?

A busca foi realizada no Google Acadêmico delimitando-se temporalmente os trabalhos publicados entre os anos de 2020 e 2021, com os seguintes descritores: passaporte vacinal and saúde coletiva and COVID 19 and pandemia and liberdade individual.

Para a definição dos critérios de inclusão e exclusão, foram redefinidos os termos de busca da seguinte forma: "passaporte vacinal como método de preservação da saúde coletiva". Após, foram incluídos (pesquisa avançada) os termos: SARS-COV-19 e pandemia.

Com relação ao levantamento dos trabalhos, na primeira busca foram identificados 1.600 resultados para a pesquisa utilizando os seguintes descritores: passaporte vacinal and saúde coletiva and COVID 19 and pandemia and liberdade individual.

Na etapa seguinte da elaboração do estado da arte, foram selecionados todos os trabalhos que possuem relação direta com a situação problema objeto da pesquisa.

É fato que a pandemia de COVID-19 é um fenômeno que afeta todas as esferas da sociedade e certo é que sua relevância vai além dos seus efeitos no âmbito da saúde pública, mas reflete no âmbito social todos os seus efeitos no mundo jurídico.

A legislação relacionada à pandemia do novo coronavírus ensejou a interpretação de alguns pontos e tal se deu basicamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que foi consecutivamente acionado a prestar tutela jurisdicional acerca da constitucionalidade das referidas normas.

O texto da Lei n.º 13.979/2020 trouxe a obrigatoriedade da vacinação contra a COVID-19 e levantou inúmeros questionamentos acerca de sua compulsoriedade, vez que restou claro que os não imunizados seriam obstados de adentrar em certos ambientes, como repartições públicas, escolas, bares e restaurantes, fato que resultou em diversas ações no Supremo Tribunal Federal – STF.

Segundo Silva (2021, p. 13), o que mais vem sendo discutido atualmente é a intervenção estatal na obrigatoriedade da vacina e a exigência da imunização para o exercício de atos da vida pública.

Partindo desta discussão, tem-se o objetivo do presente artigo: realizar a análise de como passaporte vacinal da COVID-19 foi qualificado como medida de saúde coletiva, e se sua imposição foi de encontro ao direito individual de liberdade e em que medida essa garantia pode ter sido, ou não, afrontada.

Em princípio, se faz necessário traçar uma linha do tempo acerca da pandemia da COVID-19 e sua evolução no Brasil, além de citar a legislação que cuidou do assunto, mormente a Lei n.º 13.979/2020, bem como relacionar seus dispositivos com as ações que foram propostas no Supremo Tribunal Federal questionando a constitucionalidade da compulsoriedade em receber o imunizante e a imposição do dito passaporte vacinal.

Não menos importante, é conceituar os Direitos Humanos, direitos e garantias fundamentais em consonância com o direito à saúde e, ainda, definir a o conceito de "saúde" para o presente estudo.

Por fim, cabe verificar a dicotomia entre os direitos individuais e coletivos, na medida em que o passaporte da vacinal limitou o ingresso de pessoas não vacinadas em determinados ambientes, como repartições públicas, escolas, bares e restaurantes e trouxe à baila um debate acalorado acerca da vedação de determinados atos da vida pública, tendo de um lado o direito fundamental de ir e vir, e de outro, os direitos coletivos à saúde e à vida.

A pesquisa é de cunho exploratório e se utiliza da pesquisa bibliográfica e documental, pois além da análise doutrinária acerca do tema central, será realizado o levantamento jurisprudencial acerca das ADI's propostas no STF relacionadas ao dito passaporte vacinal.

Ressalta-se que o método de pesquisa é o dedutivo, pois parte-se de princípios tidos como verdadeiros ou indiscutíveis para se chegar a uma conclusão puramente formal em virtude de sua lógica. Ou seja, parte-se, basicamente de um silogismo, que é um tipo de argumento lógico que aplica o raciocínio dedutivo para extrair uma conclusão de duas ou mais proposições, que se supõe sejam verdadeiras.

Nesse sentido, argumenta Gil (2008) que para um conhecimento possa ser considerado científico, torna-se necessário identificar as operações mentais e técnicas que possibilitem sua verificação. Ou, em outras palavras, determinar o método que possibilitou chegar a esse conhecimento.

1 A COVID-19 NO BRASIL

Em dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde foi alertada sobre vários casos de pneumonia na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China. Tratava-se de uma nova cepa de coronavírus que não havia sido identificada antes em seres humanos. Já em 7 de janeiro de 2020, as autoridades chinesas confirmaram que haviam identificado um novo tipo de coronavírus. (OPAS, 2020).

Já no final de janeiro de 2020, a OMS declarou que o surto de coronavírus era uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII),

conforme o RSI (Regulamento Sanitário Internacional). E em 11 de março de 2020 a OMS classificou a COVID 19, por sua amplitude geográfica, como uma "pandemia". (OPAS, 2020).

A pandemia de COVID-19 no Brasil teve início em 26 de fevereiro de 2020, após a confirmação de que um homem de 61 anos de São Paulo que retornou da Itália testou positivo para o SARS-CoV-2, causador da COVID-19 (Agência Brasil, 2020).

Nesse sentido, após a edição de decretos Federais, Estaduais e Municipais, vários setores da sociedade tiveram suas atividades suspensas, ocorrendo o fechamento do comércio em geral, das repartições públicas e das escolas.

Atualmente, no Brasil (até o dia 6 de julho de 2022), houve 32.535.923 casos confirmados de COVID-19 com 672.033 óbitos. Até o dia 24 de junho de 2022, um total de 446.548.472 doses de vacina tinham sido administradas. (OMS, 2022).

Desde o início da pandemia da COVID-19, as autoridades de saúde recomendaram diversas medidas de enfrentamento ao vírus, como a suspensão de atividades presenciais em diversos setores da sociedade, uso de equipamentos de proteção (máscara e luva), higienização de locais públicos e privados e, por fim, a imunização, tão logo fosse produzida a vacina contra o novo coronavírus.

Dentre os atos normativos, se destaca a Lei Federal n.º 13.979 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020), que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Estados e Municípios seguiram a orientação legislativa e editaram atos de sua competência. A referida lei tinha sua vigência vinculada ao Decreto Legislativo 6 de 2020 – enquanto perdurasse o estado de calamidade pública – porém, liminar proferida na ADI 6625 em 30/12/2020, alterou a vigência dos artigos 3º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, 3º-G, 3º-H e 3º-J, referendada pelo Plenário do STF em 08/03/2021. (STF, ADI 6625, 2020).

Tendo em vista que muitas pessoas se negavam a tomar a vacina sob a alegação de que a mesma não era segura, muitos Estados e Municípios brasileiros passaram a adotar e normatizar medidas indiretas à implementação do imunizante, surgindo daí o chamado passaporte vacinal, exigindo dos cidadãos o comprovante de aplicação de pelo menos duas doses da vacina contra a COVID-19 para que pudessem adentrar a determinados ambientes, como bares, restaurantes, repartições públicas, etc.

Porém, a dita compulsoriedade da vacina, lastreada na alínea "d" do inciso III do art. 3º da Lei 13.979/20, gerou inúmeras controvérsias no âmbito da administração pública direta e foi então que o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ingressou no STF, em 21 de outubro de 2020, com a ADI 6586 requerendo liminar

e, após, sua procedência para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, "d", Lei nº 13.979/2020, estabelecendo que "compete aos Estados e Municípios determinar a realização compulsória de vacinação e outras medidas profiláticas no combate à pandemia da COVID-19 (art. 3º, III, "d", Lei nº 13.979/2020), desde que as medidas adotadas, amparadas em evidências científicas, acarretem maior proteção ao bem jurídico transindividual. (STF, ADI 6586, 2020).

A Corte Suprema, ao final, julgou parcialmente procedente a ADI 6586, nos seguintes termos:

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação direta, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei nº 13.979/2020, nos termos do voto do Relator e da seguinte tese de julgamento: "(I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência". Vencido, em parte, o Ministro Nunes Marques. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 17.12.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Contudo, na contramão do que foi pleiteado pelo PDT na ADI 6586, o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), ingressou no STF, em 22 de outubro de 2020, com a ADI 6587 requerendo liminar e, após, sua procedência para declarar a inconstitucionalidade da alínea "d" do

inciso III do artigo 3º da Lei no 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. (STF, ADI 6587, 2020).

A Suprema Corte brasileira acabou entendendo pela conexão das ADI's 6586 e 6587 e proferindo o mesmo julgamento, conforme acima transcrito, para ambas. Ou seja, foi conferida interpretação conforme a Constituição do art. 3º, III, "d", Lei nº 13.979/2020, com a ressalva de que vacinação compulsória não significa vacinação forçada, conferindo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, porém, a legitimidade para adotar medidas indiretas para implementar a vacinação, como a restrição ao exercício de certas atividades da vida pública ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei.

2 DIREITO À SAUDE

A saúde é um direito reconhecido formalmente como um Direito Humano e em nossa Carta Magna concretiza-se como direito fundamental de natureza social, previsto nos artigos 6º, 196, 198 e 200 da Constituição da República Federativa do Brasil, calcado no princípio da dignidade da pessoa humana e, diferentemente dos demais direitos sociais previstos no artigo 6º, apenas o direito à saúde tem sua garantia claramente vinculada às políticas sociais e econômicas. (DALLARI, 2009, p. 11).

Nesse sentido, vale aqui transcrever o que preceitua o artigo 6º da CF:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Importante, antes de adentrar ao tema especificamente, conceituar Direitos Humanos que, seguindo o abalizado entendimento de Hannah Arendt¹, tem abordagem não só na análise dos direitos propriamente positivados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas sobretudo por emanar da emancipação do homem, tornando-o fonte de toda a lei.

Nesse sentido, sua definição de direito humanos comporta a seguinte interpretação:

Hannah Arendt aponta que os direitos humanos, conforme declarados no século XVIII, trazem um problema já em sua fundamentação. Segundo Arendt, a Declaração dos Direitos do Homem significou o prenúncio da emancipação do homem, porque foi a partir daquele momento que ele se tornou a fonte de toda a lei. Em outras palavras, o homem não estava mais sujeito a regras provindas de uma entidade divina ou assegurada meramente pelos costumes da história, mas que havia se libertado de qualquer tutela e que era dotado de direitos simplesmente porque era Homem. Dessa forma, esses direitos eram tidos ou mesmo definidos como inalienáveis, pois pertenciam ao ser humano onde quer este estivesse. (BRITO, 2006, n.p.).

Hannah Arendt também sustentava que os Direitos Humanos como direitos que emanam do homem (ideia de homem como ser abstrato e indefinível), acaba por trazer uma visão isolada desses direitos com relação ao indivíduo, sem considera-lo no espaço público e inserido numa pluralidade de atividades humanas. Deste modo, de fato, na filosofia arendtiana, são as relações estabelecidas no espaço público com os diversos homens que representam a atividade dignificadora do ser humano. (BRITO, 2006, n.p.).

Lafer (1988, p. 119) afirma que o valor do ser humano como valor-fonte da ordem da vida em sociedade é diretamente relacionado aos Direitos Humanos, vez que o valor atribuído à pessoa humana é parte integrante da tradição inspirada na filosofia de vertente helenística da Grécia antiga e que remonta à ideia de comunidade universal do gênero humano que corresponde também um direito universal, fundado num patrimônio racional comum, daí derivando um dos precedentes da teoria cristã da *lex aeterna* e da *lex naturalis*, igualmente inspiradora dos direitos humanos.

Historicamente, a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos realizada na Assembleia Geral das Nações Unidas, em Paris, no dia 10 de dezembro de 1948, foi um marco mundial, vez que foi a primeira codificação sistematizada relacionada à defesa dos Direitos Humanos e trouxe à baila as diversas teorias clássicas dos séculos XVII e seguintes,

¹ Hannah Arendt nasceu em Hannover, Alemanha, em 1906. Estudou nas universidades de Marbury e Freiburg, e obteve seu doutorado em Filosofia na universidade de Heidelberg, sob a orientação de Karl Jaspers. Em 1933 fugiu para Paris e, em 1941, por decorrência da Segunda Guerra Mundial e por ter sido vítima do regime totalitário nazista, se estabeleceu nos Estados Unidos, onde faleceu em dezembro de 1975. Professora visitante em várias

universidades, Arendt fez sua carreira acadêmica na New School for Social Research de Nova York. É autora, entre outros livros, de *A condição humana*, *Entre o passado e o futuro*, *Homens em tempos sombrios*, *Eichmann em Jerusalém*, *Responsabilidade e julgamento* e *Origens do Totalitarismo*, todos relacionados aos direitos dos homens.

passando pelo contratualismo de Hobbes à teoria política de Locke.

Aliás, certo é que a DUDH influenciou a realização de diversos tratados internacionais e a letra de muitas constituições de diversos Estados democráticos pelo mundo, como é o caso do Brasil. Nesse sentido, são inerentes à existência humana os direitos consagrados na referida declaração: direito à vida e conseqüentemente à saúde, à liberdade, à não discriminação, à privacidade, à igualdade, entre outros.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 recepcionou os princípios relacionados aos Direitos Humanos insculpidos na Declaração Universal e tem a cidadania como primordial fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, II da Constituição Federal) e deve ser encarada não só como efetivação dos direitos políticos, mas como princípio basilar ao exercício das garantias fundamentais e sociais em suas diversas gerações², delineadas nos artigos 5º e 6º da Carta Magna.

No que se refere aos direitos e garantias fundamentais, a Constituição da República Federativa do Brasil os tratou em seu Título II e os subdividiu em: a) direitos individuais e coletivos; b) direitos sociais; c) nacionalidade; d) direitos políticos e; e) partidos políticos.

Importante, antes de seguir adiante, demonstrar a semelhança conceitual entre o que se denomina Direitos Humanos e o que nossa Carta Magna explicita como Direitos Fundamentais, porquanto esses são direitos do ser humano que foram reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, e aqueles são os direitos garantidos ao homem numa esfera supranacional e que o reconhece como detentor de direitos independentemente de vinculação a determinada ordem constitucional. (FILETI, 2009, p. 31).

Dentre os direitos individuais, o artigo 5º, caput, da Constituição Federal explicita que é garantido a todo cidadão a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos dos seus incisos.

Pois bem, o direito à saúde previsto no artigo 6º da CF como sendo um direito social, garantido mediante

políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, sendo um direito de todos e dever do Estado (art. 196 da CF), é de relevância pública (art. 197 da CF) e tem com uma das diretrizes a participação da comunidade (art. 198 da CF).

E mais, saúde é conceito complexo e não significa apenas a ausência de enfermidade. A OMS a conceitua no preâmbulo de sua Constituição, que foi adotada pela Conferência Sanitária Internacional, realizada em Nova York de 19 de junho a 22 de julho de 1946, como: A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade. (OMS, 2022). Deste modo, a saúde depende não só das características fisiológicas de cada indivíduo (físicas ou psicológicas), mas também do ambiente social e econômico em que o cidadão está inserido, tendo como gestor o próprio Estado.

Certo é que o direito individual de liberdade, por exemplo, previsto no artigo 5º da CF, por vezes não é analisado com a devida ponderação, no caso concreto, quando colocado lado a lado com o direito social à saúde. Muitas vezes ouvimos que certas medidas estatais que visam o interesse social/coletivo são uma afronta à liberdade individual. E foi exatamente o que ocorreu com o dito passaporte vacinal da COVID-19, como se verá adiante.

3 O PASSAPORTE VACINAL E A DICOTOMIA ENTRE OS DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Inicialmente, importante citar que com o surgimento do Estado de Bem Estar Social já em meados do século XIX, a intervenção estatal em todos os setores sociais era inevitável e no Brasil não foi diferente, pois inaugurou-se um direito público amplo e com vistas à implementação da dita igualdade material. Por óbvio que o aprofundamento acerca da evolução e do sincretismo conceitual que abarca o dito modelo estatal – social –, se torna inviável no presente estudo, porém vale trazer à baila a ideia de que o Estado Social é dedicado a sustentar a dignidade da pessoa humana a partir da prestação contínua de serviços públicos e

² Inobstante o cunho social do texto constitucional de 1988, vale lembrar que na perspectiva ex parte populi, que é da liberdade, uma das contradições, na prática, da tutela, resulta do fato de os direitos de primeira geração almejarem limitar os poderes do Estado (...) e os direitos de segunda geração exigirem a ampliação do Estado (...). A heterogeneidade jurídica que diferencia as liberdades clássicas dos direitos de crédito explica porque, tecnicamente, no plano internacional, foram elaborados dois pactos distintos no sistema de tutela dos direitos humanos na ONU: um para os direitos civis e políticos e outro para os direitos econômicos e sociais. (LAFER, 1988, p. 129). Ou seja, os direitos humanos sofreram influência não só dos herdeiros ideológicos do Direito Natural, mas também dos ideais liberais do Estado mínimo. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos)

– que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (MELLO, Celso de apud MORAES, Alexandre de, 2016, p. 78).

abalizada por uma constituição cidadã preocupada tanto com os bens jurídicos econômicos quanto sociais.

Não se pode negar que Estado é um conceito relacional, que pela lei estabelece limites entre o Poder Público e a Sociedade Civil e que mesmo no Brasil os traços Calvinistas do Estado Liberal ainda demonstram seus delineamentos quando verificamos que no texto constitucional obviamente se faz preponderar os direitos e garantias individuais que se contrapõe a eventuais abusos do poder central. Porém, no mais, o texto constitucional ampara, de certa forma, o bem estar social sistematizado por suas normas que estabelecem os caminhos para a intervenção estatal no domínio econômico e social.

O Estado Social conserva sua adesão à ordem capitalista – e exclui qualquer semelhança ao socialismo marxista – fazendo surgir as primeiras constituições que contemplam os direitos políticos do homem e os direitos concernentes à sua posição econômica e social. E tal evolução doutrinária – que é muito bem explicitada pelos ensinamentos de Paulo Bonavides (2007, p. 39) – são as passagens, da empresa, de forma individual à coletiva e da concorrência ao monopólio. (DANTAS, 1999, p. 37).

Fileti (2009, p. 46-47) expõe que os direitos fundamentais de primeira dimensão remontam ao constitucionalismo liberal dos séculos XVIII e XIX e têm forte influência dos direitos individuais, especialmente o direito à propriedade privada e liberdade absoluta. Já aqueles ditos de segunda dimensão correspondem ao constitucionalismo social dos anos 1930 e têm forte influência da teoria do Estado de Bem Estar Social (garantias sociais). E os direitos coletivos, como direito ao meio ambiente sustentável, patrimônio artístico e cultural, são parte daqueles considerados como de terceira dimensão.

Nesse diapasão, é que se deve observar e ponderar o direito à liberdade individual e sopesar sua atuação frente ao direito social e coletivo à saúde, vez que durante a pandemia do novo coronavírus muito se ouviu que certas medidas estatais que visavam o interesse social e o bem estar coletivo eram tidas como uma afronta à liberdade individual. E foi exatamente o que ocorreu com o dito passaporte vacinal da COVID-19.

É preciso informar que os movimentos antivacina, no Brasil, remontam os idos do século XVIII e eram herança do Reino Português. Em 1788, Dom José, irmão mais velho de Dom João, falecera porque a sua mãe, rainha Maria I, o proibiu de se vacinar contra a varíola, pois a rainha acreditava que somente Deus poderia decidir entre a vida ou a morte de alguém. Foi em 1892 criado, na cidade do Rio de Janeiro, o Instituto Vacínico Municipal que de suporte para anos depois o município fluminense tornar obrigatória a vacina contra a varíola. Já em 1904, por meio da Lei n.º 1.261, o presidente à época, Rodrigues Alves, tornou obrigatória a vacinação contra algumas doenças e, ainda,

estabeleceu-se que a negativa à imunização era considerada infração sanitária podendo ser aplicadas sanções como multas, prisões e interdições de estabelecimentos. (SANTOS, 2022, p. 514).

Já na atualidade e diante de uma calamidade sanitária de proporções pandêmicas, movimentos antivacina novamente protagonizaram e celebraram o negacionismo científico ao desacreditar a vacina que busca imunizar a população contra o novo coronavírus, e até mesmo boicotar as políticas relacionadas ao Programa Nacional de Imunização, o que fez ascender, diante desse contexto, a discussão acerca da constitucionalidade da exigência da comprovação da vacinação contra a COVID-19 para acessar determinados espaços, como repartições públicas, escolas, bares e restaurantes, tendo como panorama a colisão entre o direito fundamental e a liberdade individual de ir e vir com o direito social à saúde e fundamental à vida.

Antes de dar continuidade ao debate, vale relembrar que o direito individual de liberdade, cuja procedência remete aos Direitos Humanos da primeira dimensão, remonta ao liberalismo clássico que ganhou força com os iluministas a partir do século XVI. Na concepção de liberdade segundo a primeira geração de teóricos liberais, direitos subjetivos são direitos negativos, ou seja, protegem a atuação individual e sustentam a não intervenção do Estado na liberdade e na propriedade. (HONNETH, 2015, p. 138).

Com isso, a liberdade jurídica no direito de propriedade constitui o que já entendemos por uma liberdade negativa – ausência de interferência – mas juridicamente garantida pelo Estado. (DIAS e PEREIRA, 2017, p. 553). Nesse sentido, esclarece Honneth:

Para compreender o sentido ético da liberdade jurídica e, a partir daí, a sua relevância para uma concepção de justiça social, importa primeiramente, identificar a função de seus elementos jurídicos essenciais para a constituição da autonomia privada. A soma dos direitos subjetivos, tal como está formulada hoje – início do século XXI – , permite que se compreenda o sujeito individual em sua coesão interna como resultado de um esforço para criar uma esfera protegida de intromissões externas, tanto estatais como não estatais, no seio da qual ele pode reconhecer e comprovar a sua própria ideia do bem (...) por isso, por trás da liberdade negativa se oculta o direito do indivíduo moderno a uma exploração puramente privada de sua própria vontade. (HONNETH, 2015, p. 131).

Porém, Honneth também adverte que haveria um caráter incompleto da liberdade pelo viés dos direitos individuais, pois formular a sua própria liberdade apenas sob a forma de reivindicação de direitos significa supor que os deveres, as vinculações e as expectativas informais e não jurídicas nada mais são que um bloqueio de sua própria subjetividade. (HONNETH, 2015, p. 131).

Quando Honneth levanta a questão relacionada à institucionalização de direitos atrelada à disseminação da internet – e por consequência do direito subjetivo de liberdade individual à confidencialidade de informação, protegida pelo Estado – e mesmo sendo estes provenientes do contexto liberal da chamada primeira geração dos direitos subjetivos, chama a atenção para o fato de que tal posição individualista é muito questionada até os dias de hoje, sendo objeto de controvérsia entre os especialistas o modo como as gerações seguintes do direito vão se relacionar com isso e, portanto, como os direitos políticos de participação e os direitos sociais de participação com o núcleo original dos direitos de liberdade se relacionam. (HONNETH, 2015, p. 142).

Desse modo, resta evidente que em determinado momento as liberdades jurídicas, ditas como negativas, são protegidas pelo Estado, mas também por ele limitadas quando em confronto com normas com grau de generalidade relativamente alto, mormente os princípios fundamentais relacionados aos direitos sociais e coletivos.

Nesse sentido, Alexy (2006, p. 227): uma liberdade jurídica de professar uma crença surge apenas quando – mas também sempre quando – é não apenas permitido fazê-lo, mas também não o fazer (...) a liberdade jurídica não-protetida é uma conjugação de uma permissão jurídica de se fazer algo e uma permissão jurídica de não o fazer.

No que troca o passaporte vacinal, de um lado temos o direito e a liberdade de não ser vacinado e de outro, como dito acima, estão os direitos coletivos fundamentais à vida e à saúde, que, no caso deste último, é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988, art. 196).

Assim, na medida em que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (...) e regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas (ALEXY, 2006, p. 91), a instituição do passaporte vacinal por meio da Lei n.º 13.979/2020 traz mandamento a ser simplesmente cumprido, porém quando entram em colisão os princípios fundamentais, quais sejam, a liberdade de ir e vir em contraposição ao direito coletivo à saúde, um

deles terá que ceder, sopesando, no caso concreto, qual interesse conflitante tem maior peso, porquanto abstratamente ambos têm a mesma importância.

A solução é dada por Alexy (2006, p. 96):

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.

Nesse sentido, penso que entre a liberdade do cidadão em não tomar a vacina contra a COVID-19 e o direito fundamental à saúde conferido à sociedade em geral, este prevalece sobre aquele, vez que alinhado às circunstâncias, no caso concreto, estabelecidas pelo próprio ente estatal no combate ao novo coronavírus e são estas lastreadas na concepção chave dos Direitos Humanos: viver numa sociedade justa e fraterna.

Destarte, imperioso reconhecer que a exigência da comprovação da vacinação contra a COVID-19 para acessar determinados espaços, como repartições públicas, escolas, bares e restaurante, é medida que se impõe e deve ser adotada sempre que haver o risco de relativização dos direitos coletivos fundamentais à vida e à saúde, pois necessária a estancar o contágio pelo novo coronavírus e diminuir a taxa de infecção e, por consequência, de mortes causadas por tal enfermidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a pandemia de COVID-19 no Brasil teve início em 26 de fevereiro de 2020 e após a edição de decretos Federais, Estaduais e Municipais, vários setores da sociedade tiveram suas atividades suspensas, ocorrendo o fechamento do comércio em geral, das repartições públicas e das escolas.

Durante os anos de 2020 e 2021 houve queda significativa da atividade comercial e industrial no país, e isso em virtude da suspensão das atividades por conta da pandemia da COVID-19.

Em alguns Estados somente ao final de 2021 foram retomados os atendimentos presenciais em alguns setores e em outros, ainda hoje, o atendimento se dá de forma híbrida, o que pode ser visto como um fator prejudicial à retomada da atividade econômica.

Ainda, vale ressaltar que desde o início da pandemia da COVID-19, as autoridades de saúde recomendaram diversas medidas de enfrentamento ao vírus, como a suspensão de atividades presenciais em

diversos setores da sociedade, uso de equipamentos de proteção (máscara e luva), higienização de locais públicos e privados e, por fim, a imunização, tão logo fosse produzida a vacina contra o novo coronavírus.

Viu-se que dentre os atos normativos relacionados ao enfrentamento da COVID-19, se destaca a Lei Federal n.º 13.979 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020), que dispõe sobre as medidas de emergência de saúde pública e que também instituiu a compulsoriedade da vacina, lastreada na alínea "d" do inciso III de seu art. 3º.

Não obstante a edição do referido ato normativo, forma propostas no STF inúmeras ações questionando a constitucionalidade de alguns artigos da Lei n.º 13.979/2020, especialmente no que toca às restrições de circulação de pessoas então impostas, que tinham o intuito de reduzir a disseminação do vírus. Dentre elas, destacam-se as ADI's 6586 e 6587, nas quais Partidos Políticos buscavam debater a legalidade do dito passaporte vacinal, que basicamente obstava o ingresso de pessoas não vacinadas em determinados locais, como repartições públicas, escolas, bares e restaurantes.

Foi possível verificar que o direito à saúde é reconhecido formalmente como um Direito Humano e em nossa Carta Magna concretiza-se como direito fundamental de natureza social, previsto nos artigos 6º, 196, 198 e 200 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Deste modo, é possível dizer que com o surgimento do Estado de Bem Estar Social inaugurou-se a era da intervenção estatal nos diversos setores da sociedade, e com a saúde não foi diferente. Já nos anos de 1910 foi possível verificar que o Brasil já adotava políticas sanitárias que tonaram obrigatórias o uso de determinadas vacinas.

Já na atualidade e diante de uma calamidade sanitária de proporções pandêmicas proveniente da disseminação desenfreada da COVID-19, movimentos antivacina novamente protagonizaram e celebraram o negacionismo científico, o que fez ascender o debate acerca da constitucionalidade da compulsoriedade da vacina contra o novo coronavírus e, conseqüentemente, do dito passaporte vacinal, medidas estas previstas na Lei n.º 13.979/2020 e questionadas nas ADI's 6586 e 6587 no Supremo Tribunal Federal.

Acerca do acalorado debate relacionado à dicotomia: liberdade para não tomar a vacina e direito da coletividade à saúde, concluo que entre a liberdade do cidadão em não tomar a vacina contra a COVID-19 e o direito fundamental à saúde conferido à sociedade em geral, este prevalece sobre aquele.

Por conseqüência, no tocante a exigência da comprovação da vacinação contra a COVID-19 para acessar determinados espaços, como repartições públicas, escolas, bares e restaurante, concluo que a medida é constitucional e não afronta o direito de

liberdade do cidadão, e devendo ser adotada sempre que houver o risco de relativização dos direitos coletivos fundamentais à vida e à saúde.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5 ed. alemã (Suhrkamp Verlag). São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6625.

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Aguardando julgamento. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6069055>

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6586.

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgada em 17/12/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038>

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6587.

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgada em 17/12/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6034076>

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.Htm

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Brasil. Brasília, DF, [2021]. Disponível em <https://covid.saude.gov.br/> e <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/covid-19-governo-declara-transmissao-comunitaria-em-todo-o-pais>

BRASIL. Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm

BRITO, Renata Romolo. Os Direitos Humanos na perspectiva de Hannah Arendt. Revista *Ética & Filosofia Política* (Volume 9, Número 1, junho/2006) Universidade Federal de Juiz de Fora. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/eticaefilosofia/article/view/27907>

DANTAS, Ivo. Direito constitucional econômico. 1 ed. Curitiba: Juruá, 1999.

DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional, Vitória, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/issue/view/860>

FILETI, Narbal. A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

GIL, Antonio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HONNETH, Axel. O direito da liberdade. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. Revista de Estudos Avançados - Dossiê Direitos Humanos, São Paulo, v. 11, n. 30, 1997. Disponível em <https://doi.org/10.1590/S0103-40141997000200005>

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. Ed. 32. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

OPAS. Organização Pan-Americana de Saúde. Histórico da pandemia de COVID-19. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>

OMS – Organização Mundial da Saúde. Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946. Disponível em: <https://www.who.int/es/about/governance/constitution>

SANTOS, Yago da Costa Nunes dos. Covid-19 e passaporte da vacina: a constitucionalidade da limitação de acesso de advogados não vacinados aos órgãos do poder judiciário. Revista FIDES (Filosofia do Direito, Estado e Sociedade). v. 13 n. 1 (2022): 24ª Edição. Disponível em: <http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/641>

SILVA, João Vinicius Paim da. Vacinação compulsória: os limites e efeitos da aplicação de restrições civis às pessoas não vacinadas contra a Covid-19 no Brasil. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2021. Disponível em <http://repositorio.unitau.br/jspui/handle/20.500.11874/1138>

ACESSO INAUTÊNTICO À JUSTIÇA E A CRISE DA JURISDIÇÃO: AS TAXAS PROCESSUAIS NA LITIGÂNCIA PREDATÓRIA¹



Karen Paiva Hippertt²

O trabalho tem por escopo investigar a sistemática de custas processuais na operabilidade da justiça em tempos de litigiosidade. A problemática está na necessidade de examinar até que ponto o regime de custas processuais pode criar incentivos à prodigalidade e litigiosidade contumaz, bem como percalço à solução consensual e célere. A investigação empreendida utiliza o método hipotético dedutivo, por intermédio de uma abordagem qualitativa, para produzir informações aprofundadas. Como principal contribuição, tem-se que a sistemática de taxas e custas atual não só incentiva a litigância contumaz como cria percalços à solução consensual e célere dos litígios, com a sobreutilização do Judiciário e obstaculização do acesso à justiça dos mais necessitados. Como conclusão, tem-se a necessidade de uma regulamentação adequada para assegurar a operabilidade ótima da Justiça, com efetivo acesso aos que dela realmente precisam.

Palavras-Chave: taxas e custas; regime; sobreutilização da Justiça; litigância predatória; readequação da legislação

¹ Artigo originalmente publicado na Revista JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA, ANO 8 (2022), Nº 4 CIDP I FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA

² Mestranda no Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania, no Centro Universitário Curitiba. Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Especialista em Processo Civil, Mediação e Arbitragem pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba. Assessora do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: karen.hippertt@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5863810703081925>. ORCID: <https://orcid.org/00000002-39918850>

INAUTHENTIC ACCESS TO JUSTICE AND THE CRISIS OF JURISDICTION: PROCEDURAL FEES IN PREDATORY LITIGANCE



Adriane Garcel³

The purpose of this work is to investigate the system of procedural costs in the operability of justice in times of litigation. The problem lies in the need to examine the extent to which the procedural costs regime can create incentives for prodigality and persistent litigation, as well as obstacles to a consensual and speedy solution. The research undertaken uses the hypothetical deductive method, through a qualitative approach, to produce in-depth information. As a main contribution, the current system of fees and costs not only encourages persistent litigation but also creates obstacles to the consensual and speedy solution of disputes, with the overuse of the Judiciary and obstacles to access to justice for the most needy. In conclusion, there is a need for adequate regulation to ensure the optimal operability of Justice, with effective access for those who really need it.

Keywords: taxes and costs; regime; overuse of Justice; predatory litigation; readjustment of legislation.

³ Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Graduada em Letras com licenciatura Plena em Português e Inglês pelo Centro Universitário Campos de Andrade (2005) e Graduada em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná (2012). Pós-graduada em Direito Público Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP (2014). Pós-graduada em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho da 9ª Região - EMATRA vinculada ao Centro Universitário UNIBRASIL (2015). Pós-Graduada em Ministério Público, especialista em Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público - FEMPAR em parceria com a UNIVERSIDADE POSITIVO (2019). Advogada licenciada na OAB/PR. Mediadora Judicial. Assessora Jurídica na Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Professora no Curso de Direito da Faculdade Anchieta. Registro ORCID 0000-0002-5096-9982. E-mail: Adriane.garcel@tjpr.jus.br

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal é a Carta da cidadania, o marco da democracia. Nascida em um cenário de exigências por justiça e valores éticos, de urgência no resgate da dignidade da pessoa humana, engloba em seu texto a mais ampla carta de direitos e garantias fundamentais, inclusive, com a previsão de cláusula de abertura material.

À jurisdição, incumbiu a materialização em concreto dos anseios constitucionais, mesmo diante da ausência dos demais poderes políticos, colocando o Judiciário em posição proeminente, como poder inerente à democracia que é.

Com isso, no Estado de Direito, a Justiça se tornou a caixa de ressonância; provocar a jurisdição, com o exercício do direito de ação, buscando a tutela dos direitos e garantias fundamentais ameaçados ou violados, símbolo do exercício da democracia.

Todavia, à medida que a demanda por justiça aumenta, dada a facilitação do acesso indiscriminado, a crise se torna inevitável, uma vez que escassos os recursos necessários à prestação ótima do serviço e manutenção da operabilidade da máquina Judiciária.

Se a geração de custos é natural ao exercício da atividade jurisdicional, conquanto inerte a jurisdição, uma vez que precisa, assim que provocada, movimentar toda a sua estrutura, a escassez de recursos, sejam humanos, sejam estruturais, ou mesmo financeiros, por seu turno, impõe o uso eficiente pelo administrador de modo a atender a todos os fins eleitos pelo constituinte.

Malgrado, os valores necessários à prestação do serviço público poderão ser arcados pela sociedade, ou pela parte, mas quando arcados exclusivamente pela sociedade, com pouca ou nenhuma participação das partes, principais interessadas, pode-se ter por resultado externalidades negativas, colocando em risco o efetivo acesso e sustentabilidade da justiça.

Neste sentido, o trabalho tem por escopo investigar a sistemática de custas processuais na operabilidade da justiça em tempos de litigiosidade. Até que ponto o regime de custas processuais pode criar incentivos à prodigalidade e litigiosidade contumaz, bem como percalço à solução consensual e célere. Para a elaboração, será utilizado o método lógico dedutivo, combinado aos precedentes de pesquisa bibliográfica e documental.

O estudo, por sua vez, se desenvolverá em três capítulos. Primeiramente, analisar-se-á a crise da justiça e do correspondente acesso a ela, perpassando pelo processo de redemocratização. Na sequência, a litigância frívola e habitual, à luz do regime de custas e

taxas, adentrando-se na questão da sobreutilização do Judiciário. Por fim, o papel das taxas e custas na operabilidade da justiça.

2 ACESSO À JUSTIÇA: DA REDEMOCRATIZAÇÃO À CRISE

Com a crise do Estado Social e da banalidade do mal, marco dos regimes de exceção, tornou-se inevitável a revolução ideológica das constituições, exigindo-se mais da Administração Pública.

A passagem para o Estado Constitucional também é assinalada pelo surgimento de "uma jurisdição caracterizada por uma nova dogmática de interpretação baseada em princípios e direitos fundamentais". (NETTO, 2012, p. 3117).

O neoconstitucionalismo, inaugurado com a Constituição de 1988, explica Barroso (2020, p. 194), nasce sob o manto do pós-positivismo "tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento da forma normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração de diferentes categorias da nova interpretação constitucional" (BARROSO, 2020, p. 194).

A Constituição Federal, reflexo de um cenário de exigência por justiça e valores éticos, de urgência no resgate da dignidade da pessoa humana como ponto de chegada e de partida de todo o sistema (PIOVEZAN, 2010, p. 17), detalha e minudencia em seu texto diversos interesses, contando com a maior participação popular da história e o mais amplo rol de direitos e garantias fundamentais.¹

Marco jurídico do regime democrático, a ampla Carta de Direitos conta, inclusive, com uma cláusula de abertura, trazida no §2º do art. 5º, que possibilita a ampliação do catálogo de direitos fundamentais materiais para além do rol do Título II.

Conforme destaca Barroso (2020, p. 166) trata-se da "Constituição das nossas circunstâncias. Por vício ou por vicissitude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos [...] de diversos grupos e classes.

Por corolário, ao mesmo tempo em que da jurisdição se passa a exigir um atuar efetivo, com tutela bastante adequada, tempestiva e satisfativa, torna-se inevitável, diante da constitucionalização, "o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário" (BARROSO, 2006), que provoca, "[...] no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais". (NETTO, 2012, p. 3122).

¹ "Na nossa Constituição, é um exercício interessante notar o número de direitos que se oferece como Direitos ao cidadão e aqueles que se preveem obrigatoriamente como gratuitos. Após todos os direitos individuais e garantias respectivas no art. 5º, o art. 6º prevê o direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho,

à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, garantidas ainda a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados". – (NETO, 2020, p. 17).

Conforme destaca Nunes (2009), no Estado Democrático de Direito, a jurisdição desponta “ [...] como a grande caixa de ressonância dos anseios por “concretização” de direitos (e cumprimento das promessas previstas constitucionalmente) [...]”. O acesso correlato acesso a ela, por sua vez, simboliza o próprio exercício da democracia no espaço público.

Ao tratar da tragédia do Judiciário, Ivo Teixeira Gigo Jr. (2014) chama atenção para ampliação do acesso em um cenário em que a crise (sobrecapacidade) marca o exercício da jurisdição.

Em 1999, o Brasil estava entre “[...] os países com mais processos iniciados por juiz (1.555/1.909) [...]”, dentre a lista dos analisados (JUNIOR, p. 165). Seriam precisos 2,7 e anos para que os tribunais de São Paulo e Brasília, respectivamente, dessem baixa em todos os processos, desde que nenhum caso novo entrasse, explica (JUNIOR, p. 165 – 168):

Fazendo uma analogia, é como se, tendo identificado que os hospitais públicos não dão conta de tratar de todos os doentes já internados (morosidade) e, quando tratam, o fazem de forma inadequada (ineficácia), ao invés de resolver esses problemas, começassem a instalar linhas de ônibus gratuitas para buscar ainda mais doentes e pacientes para fazer exames de possíveis doenças que não se manifestaram ainda. Obviamente, o resultado só pode ser maior morosidade e ineficácia.

Ato contínuo, se a crise do Judiciário não é novidade, acaba por se acentuar diante da ampliação do acesso à justiça, quando às portas do judiciário são escancaradas sob a égide de um Código inadequado. De 2009 a 2016, por exemplo, o número de processos em trâmite no Brasil chegou a quase 80 milhões, um crescimento de 31,2%, conforme o relatório Justiça em Números, o equivalente a 14,3 processos a cada 100 habitantes (CNJ, 2017).

Inobstante, se é inegável que há uma relação “[...] entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que ele se desenvolve [...]”, surgindo àquele como “instrumento público de realização de justiça” (DINAMARCO; GRINOVER; CINTRA, 2015, p. 103), por meio do acesso a uma ordem jurídica justa, o Código de Processo Civil de 1973 se tornar cada vez mais desajustado em um contexto em que se busca o acesso universal a justiça, o fortalecimento da proteção dos direitos humanos, efetividade da entrega da prestação

jurisdicional e o aperfeiçoamento não só do Estado de Direito, mas das instituições (JUNIOR, 2014, p. 168).

Reflexo do pensamento europeu do século XX e da corrente do Processualismo, o código é dotado de grande tecnicismo, cientificidade e racionalidade positivista, extremamente formalista e burocratizado. Estruturado “[...] para ser um “instrumento jurídico eminentemente técnico, preordenado a assegurar a observância da lei”, de sorte a se tornar “[...] efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça”, acabou por acentuar o descompasso entre a lei e a realidade (BRASIL, 1973).

A ação, na linha da teoria abstrata de Tulio Liebman, adotada pelo código 2, compreendia direito genérico, inexaurível e inconsumível – concepção que no contexto de redemocratização foi responsável pela crise do acesso à justiça dentro daquilo que Tartuce (2016) intitula de mote do pleno acesso de todos à justiça.

Diante deste cenário, ao se constar “que a ineficiência processual representa percalço ao próprio reconhecimento e realização dos direitos, bem como a efetividade de todo o ordenamento, a sistemática processual passa a se voltar à tutela jurisdicional efetiva do direito” (HIPPERTT; NETTO; GARCEL, 2021).

A concepção acerca da garantia do acesso à justiça, antes, meramente formal, compreendendo o “direito puro e simples de propor uma demanda para ter “his day in Court, na sugestiva denominação da Suprema Corte americana” (MARMELSTEIN, 2019, p. 297), dá lugar a uma outra, a de um acesso extremamente adequado com obtenção de solução tempestiva e bastante ajustada ao tipo de lide (WATANABE, 2003, p. 43 – 50).

O direito de acesso a uma ordem jurídica justa e substancial, que impõe ao Judiciário buscar permanentemente um modelo ideal de processo, conquanto seja pressuposto do Estado de Direito, assegurando a concretização efetiva de todas as garantias previstas no ordenamento jurídico, segue a linha do que exige o artigo 37 da Constituição Federal, e passa a impor a identificação das barreiras existentes e o como superá-las.

Com isso, a atenção se volta às ditas “ondas do acesso à justiça que se mostram essenciais à materialização efetiva do direito fundamental, com superação dos percalços existentes no mundo da vida: concessão de assistência judiciária gratuita, tutela adequada dos direitos da coletividade, métodos adequados de resolução de conflitos, desburocratização da justiça e formação adequada dos operadores do direito [...] (HIPPERTT; CASTRO; NETTO, 2020, p. 39 – 40).”.

² Alvim chama atenção ao papel inanimado que o Código de 1973 conferia ao juiz, “característica marcante deste sistema-modelo, que tem origem na desconfiança em relação ao papel dos juízes no Ancien Régime, de tal forma que haveria de prevalecer a letra da

lei. Somente perto do fim do século XIX (1880) passou-se a admitir a interpretação sociológica. (...)”. – (ALVIM, 2020).

Da primeira à quarta onda, todas, visam, por meio de políticas públicas, “diminuir os custos e facilitar o acesso” que é tido como um objetivo social (JUNIOR, 2014, p. 178). Ao fim e ao cabo “foca-se no acesso ao recurso (Judiciário), quando o correto seria focar na possibilidade de usar e gozar do fruto (prestação jurisdicional), que é – em larga medida – o que realmente desejam as pessoas” (JUNIOR, 2014, p. 178).

Nesta linha, o Código de Processo Civil de 2015 entra em vigor justamente para instaurar um novo paradigma que elege como pilares processuais a eficiência e funcionalidade, com efetivo “reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados”, em “um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo” (TUCCI et al (coord), 2019).

Com isso, o modelo de uma justiça exponencial cada vez mais alinhada às exigências do art. 37 da Constituição Federal, vem se consolidando dia a dia no Judiciário.

Sistemática multiportas, sistema de precedentes, novas tecnologias e iniciativas promissoras compõe o Judiciário do futuro aparelhando na entrega ótima da prestação jurisdicional em um cenário de crise.

Apesar dos avanços, a crise da justiça torna-se fato inerente a uma sociedade complexa marcada pela cultura do litígio e que busca a figura de um Estado paternalista fazendo ascender uma litigiosidade irrefreável.

No período de 2009 a 2019, o relatório Justiça em Números apurou um crescimento exponencial no número de casos novos no Judiciário. Apesar da redução histórica no número de casos pendentes no biênio 2018-2019, mesmo que não houvesse o ingresso de novas demandas, com manutenção da produtividade, seriam precisos 2 anos e 2 meses para zerar o estoque. No ano de 2019, a taxa de congestionamento era de 68,5% (CNJ, 2020).

O ano de 2020, por seu turno, fechou com a maior redução do acervo desde o início da série histórica. Os 27,9 milhões de casos baixados, no entanto, não foram suficientes para fazer frente ao histórico pendente de 75,4 milhões de processos, com uma taxa de congestionamento ainda de 68,5%. Ao todo, foram 25,8 milhões de novos processos (CNJ, 2021).

Os padrões de judicialização demasiada tem corroborado para a crise da jurisdição, ante o desequilíbrio “entre a oferta de serviços públicos adjudicatórios e a demanda” excessiva “[...] por esses mesmos serviços” (JUNIOR, 2014, p. 169), com a consequente disfuncionalidade do sistema de justiça, extremamente congestionado.

O problema é retratado por Gigo Jr. (2014, p. 174), que o faz analogicamente, associando a temática

às consequências do acesso ilimitado de agentes múltiplos a recursos naturalmente escassos:

Há décadas, cientistas sociais das mais variadas áreas estudam as causas e as consequências de permitir que múltiplos agentes tenham acesso ilimitado a um recurso. [...] Hardin (1968) sedimentou o problema com sua metáfora da tragédia dos comuns. Tragédia aqui não necessariamente significa algo muito ruim ou triste, mas no sentido dramático de que algo pode ser o resultado inexorável do estado das coisas, apesar da intenção diversa de cada um dos agentes envolvidos agindo racionalmente. É trágico porque é inevitável. É trágico porque não é o desejo de nenhuma das partes envolvidas, mas, ainda assim, é inevitável. [...] suponha um pasto aberto a todos, um terreno baldio de livre acesso. É razoável supor que cada vaqueiro colocará para pastar nesse terreno baldio quantas cabeças de gado conseguir. Outros vaqueiros fazem o mesmo. Enquanto a comunidade é pequena (em função de guerras, doenças, migração, por exemplo), essa configuração pode ser sustentável. Todavia, um dia a estabilidade social chegará e essa população começará a crescer. À medida que a população cresce, o número de vaqueiros cresce e de cabeças de gado também. Cada vaqueiro é racional e possui seus próprios interesses e, no momento de optar por adicionar ou não mais uma cabeça de gado ao terreno baldio, ele estimará quanto lhe custa e quanto lhe beneficia (maximizará seu retorno igualando custo marginal e benefício marginal, diriam os economistas). Está instalada a tragédia. O problema é que o terreno tem uma capacidade limitada de pastagem, além da qual a natureza não consegue repor e ele vai se degradando, até morrer e não servir mais como pasto.

Assim como no caso dos recursos naturais, os recursos da Justiça também são escassos. Quando no Judiciário tramitam ações para além de sua capacidade de prestar serviço público adjudicatório, o acesso à justiça efetivo e adequado acaba por não se perfazer diante do colapso do sistema. Assim, o que se tem é um acesso meramente formal ao recurso (Judiciário). Dito

de outro modo, de nada adianta o puro e simples acesso se não se der forma efetiva, com uma prestação jurisdicional adequada (acesso ao fruto).

Permitir o acesso indiscriminado e predatório a uma justiça com recursos escassos está longe de corresponder à salvaguarda de um acesso efetivo, mas permitir que se efetive na justiça tragédia anunciada, com congestionamento, sobrecarga e ineficácia, conforme contextualiza Gigo Jr. (2014). É negação de justiça para quem realmente dela precisa, uma vez já superado o paradigma do Código de Buzaid.

Inobstante, a maioria das políticas públicas de universalização do acesso tem por enfoque a mera “[...] redução do custo privado de utilização do sistema público adjudicatório”, a exemplo da concessão indiscriminada da assistência judiciária gratuita e o sistema de custas processuais subsidiadas, o que acaba reforçando e subsidiando “o livre acesso ao principal (resource system) [...]”, mas gera “[...] escassez de prestação jurisdicional (frutos) devido ao excesso de demanda (congestionamento)” (JUNIOR, 2014, p. 186).

Nesta linha, em tempos de litigiosidade frívola e habitual, em que o benefício do privado se sobrepõe ao coletivo torna-se tema da maior importância o regime de custas processuais, uma vez que as taxas judiciárias podem criar incentivos à litigiosidade e à postergação da solução dos conflitos. Verdade seja dita, a sistemática de custas está diretamente relacionada com a cidadania, o acesso à justiça e até mesmo a democracia.

3 SOBREUTILIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO E A LITIGÂNCIA SEM RISCOS – FRIVOLDIADE E HABITUALIDADE

A crise já há décadas é uma realidade enfrentada pela Justiça que vem passando por inúmeras reformas na tentativa de melhorar os padrões de entrega na prestação jurisdicional.

Com a pandemia, o cenário se agravou ainda mais. Mesmo com a alta produtividade e o aparelhamento do Judiciário por meio de ferramentas de gestão eficientes, alinhadas à agenda 2030 da ONU, a taxa de congestionamento ainda é expressiva. A quantidade de casos novos também chama atenção.

A tragédia dos comuns anos após a vigência do Código tinha por fim retomar as rédeas do acesso à justiça é retratada por Bodart (2021):

As despesas com o serviço de transporte metroviário urbano consomem 1,1% do PIB brasileiro. Apesar do custo, a cada ano, o número de passageiros utilizando o sistema aumenta cerca de 22%. A

superlotação dos vagões vem prejudicando a qualidade do serviço.’ Essa notícia imaginária certamente causaria perplexidade ao leitor. Afinal, como poderia aumentar continuamente a demanda por um serviço que custa tão caro? É intuitivo que, caso os usuários sustentassem todas as despesas do serviço no valor dos bilhetes, pensariam duas vezes antes de usá-lo — talvez dessem preferência a deslocamentos a pé ou de bicicleta. Tudo leva a crer, então, que os custos desse sistema imaginário não estariam sendo inteiramente repassados aos passageiros. Se o governo subsidiasse esse meio de transporte, os cidadãos não seriam induzidos a sopesar seus custos em relação às alternativas. As coisas ficariam ainda piores se, por absurdo que fosse, qualquer passageiro que se autodeclarasse pobre fosse autorizado a viajar de graça. Agora, substitua “transporte metroviário urbano” por “Justiça”, “passageiros” por “litigantes” e “vagões” por “tribunais”. Com essas correções, a notícia retrata a realidade do Judiciário brasileiro e deveria causar a mesma perplexidade.

Conforme destaca Jr. (2014, p. 174), a terminologia “tragédia dos comuns” refere-se a algo inevitável, a “[...] um resultado inexorável do estado das coisas, apesar da intenção diversa de cada um dos agentes envolvidos agindo racionalmente”. O pior, a tragédia decorre da inevitabilidade, “É trágico porque é inevitável. É trágico porque não é o desejo de nenhuma das partes envolvidas, mas, ainda assim, é inevitável” (JUNIOR, 2014, p. 174). O serviço de taxas judiciárias como hoje se apresenta leva o Judiciário rumo a uma inevitável tragédia, mesmo que não pretendida, ao incentivar a litigiosidade e postergação da solução de conflitos.

Que a justiça custa é um fato. Agora, o quanto custa, a quem e os reflexos da sistemática de custeio usual, estas são questões, muitas vezes, relegadas a uma segunda ordem. Como destaca Junior (2014, p. 178), preocupa-se tanto com o acesso que se esquece do fruto.

No ano de 2021, mesmo com a queda de 4,5% nas despesas totais, o Judiciário custou R\$ 100,1 bilhões aos cofres públicos. Isto é, 1,3% do Produto Interno Bruto nacional e 11% dos gastos totais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. No referido ano, mais da metade (62%) das arrecadações da Justiça decorreram da liquidação de dívidas de devedores em execuções fiscais. (CNJ, 2021).

Devidas pelos litigantes, as custas processuais advêm da prestação do serviço público pelo Judiciário, que provocado a atuar, tem

3 Trata-se de gênero composto por três espécies (CNJ, 2012): (1) custas judiciais stricto sensu, derivam da atividade judicial, possuem natureza jurídica de taxa e decorrem do processamento do feito, financiando o serviço prestado; (2) taxas judiciárias, também advêm da atividade judicial e possuem natureza jurídica de taxa, mas originam-se dos serviços prestados pelo Ministério Público e juízes; (3)

emolumentos, originam-se das atividades extrajudiciais. Grosso modo, as taxas servem de “contraprestação à atuação de órgãos da justiça cujas despesas não sejam cobertas por custas e emolumentos, tem ela – como toda taxa cocaráter de contraprestação – um limite, que é o custo da atividade do Estado, dirigido àquele contribuinte [...]” (STF, 1984).

movimentada toda a sua estrutura, dispendendo recursos para o regular andamento do processo.

Quanto ao modelo de cobrança, o cálculo das custas é feito com base no valor da causa, respeitados patamares máximos e mínimos, a exceção dos tribunais superiores que estipulam valores fixos para cada tipo de ação (CNJ, 2010; CNJ, 2019).⁴

Ao final, são ressarcidas ao vencido, com prejuízo exclusivo a quem deu causa à ação. No caso do beneficiário da gratuidade judiciária, quando vencido, a exigibilidade do pagamento ficará suspensa (art. 98, §3º, CPC).

O custeio do sistema, por seu turno, pode se dar, diretamente, pelo usuário interessado que dele fizer uso, ou indiretamente, por meio da cobrança de tributos à sociedade, sejam eles impostos, "cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte" (art. 16, CTN); taxas, que têm como fato gerador, dentre outros, [...] a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição" (art. 77, CTN); ou contribuições de melhorias.

No caso do Brasil, diferentemente do que ocorre nos demais países, há pouca, ou nenhuma, participação dos usuários no custeio do sistema de justiça.

Com isso, os R\$ 100,1 bilhões (CNJ, 2021) necessários à manutenção da atividade estatal de prestação jurisdicional advêm, em sua maioria, não dos usuários, mas dos impostos, financiados principalmente pela sociedade.

Ações que tramitam nos juizados especiais e justiça criminal, que correspondem a 32% na Justiça Estadual, 41% na Justiça Federal e 30% no Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, não estão sujeitas a custas (CNJ, 2019).

Ato contínuo, o valor das custas em si, especialmente, na Justiça Federal, do Distrito Federal e Territórios (CNJ, 2019), é baixo, também em decorrência do baixo valor atribuído às causas e da sistemática de fixação.

Outra questão, é que não há na legislação um conceito muito bem claro acerca das custas e taxas judiciais. Muito menos, a caracterização e hipóteses para incidência (CNJ, 2021). Dada à autonomia dos entes federados (art. 125, da CF), o que se tem é uma sistemática discrepante e pouco clara de cobrança a

variar conforme a unidade da federação (CNJ, 2021). Conforme destaca-se:

Não há sequer uma uniformidade de nomenclatura e de conceitos usados para a cobrança dessas custas judiciais. Além disso, foi observado que, em estados mais pobres da Federação, com menor IDH, paradoxalmente, as custas são mais altas; já nos estados com IDH maior, as custas tendem a ser menores (Villas Bôas Cueva 2020).

Na mesma linha, Viaro (2020) acerca da distorção nos valores praticados no país diante a heterogeneidade dos regimes de custas, taxas e despesas:

Custas muito baixas podem desincentivar a adoção de medidas preventivas e estimular a judicialização dos litígios, que acabam subsidiados pela sociedade. Por outro lado, custas muito altas podem acabar prejudicando o acesso, ou, ainda, fazer com que essas demandas sejam direcionadas a outras unidades da federação", comentou.

O relatório "Perfil da fixação de custas judiciais no Brasil e análise comparativa da experiência internacional", realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (2010), fez estudo comparativo, por meio de simulações e estimativas dos custos de acesso ao Poder Judiciário nos estados da federação. No caso de uma ação de conhecimento, ajuizada na Justiça Estadual, no âmbito Cível, em 2010, com valor da causa de R\$ 2.000,00, as custas iriam ser de R\$ 40,00 no Distrito Federal e R\$ 610,99 no Ceará.

Neste sentido, têm-se afirmado que a grande disparidade nos regimes de custas, taxas e despesas processuais tem efeitos regressivos que oneram desproporcionalmente os mais vulneráveis, dificultando o acesso à justiça.

Para além, há um elevado índice de processos tramitando com o benefício da gratuidade judiciária.

⁴ Para além desses dois modelos principais – cobrança de valores fixos em relação às faixas de valores da causa ou percentuais sobre valor da causa –, constata-se a existência de outros modelos ou critérios de caráter mais peculiar ou misto. Os estados do Rio de Janeiro e do Amapá, em linhas gerais, adotam modelo que estabelece valores fixos diferenciados de acordo com as classes de processos. Mato Grosso, por seu turno, adota sistemática em parte baseada em faixas de valores e, a partir de determinada

quantia, a cobrança passa a ser efetuada por meio de percentual sobre o valor da causa (ad valorem). Cabe informar que alguns estados adotam sistemas de unidades fiscais ou valores de referência para as custas, como por exemplo, Paraíba, Mato Grosso do Sul, Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina". – (CNJ, 2010, p. 15 – 16).

Neste caso, os valores que deixaram de ser adiantados acabam sequer sendo cobrados ou repassados a quem deu causa ao litígio.

A pesquisa "Diagnóstico das Custas Processuais Praticadas nos Tribunais" (CNJ, 2019), realizada pelo grupo de trabalho constituído pela Portaria CNJ nº 71/ 2019, aponta que, no ano de 2018, a Justiça Estadual arrecadou o montante de R\$ 11,3 bilhões – 21% de suas despesas; seguida da Justiça Federal, com R\$ 136,5 milhões – 1,2% de suas despesas; e pela Justiça do Trabalho, R\$ 19,2 milhões – 2,3% de suas despesas. Os gastos do Poder Judiciário, no entanto, somaram R\$ 93,7 bilhões no último ano. Deste montante, 47%, R\$ 5,6 bilhões, foram arrecadados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que responde por 19% da demanda judicial e 26% do acervo em tramitação do Judiciário. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que concentra 6% dos novos casos do Judiciário, arrecadou R\$ 1,2 bilhão. Os demais tribunais arrecadaram valor abaixo de R\$ 1 bilhão. Neste sentido, concluiu que "[...] o Poder Judiciário, diante de sua enorme estrutura e importância na função da manutenção da paz social, ainda não arrecada o suficiente para fazer frente às suas despesas" (CNJ, 2019).

Além disso, considerando que os maiores interessados no sistema de justiça, àqueles que dele fazem uso, inclusive, o vencido, não pagam a conta, o montante é dissipado pela sociedade.

Destarte, os custos gerados pela litigância, já que não suportados pela parte, ficam de fora da equação econômica da lide, junto com as razões para que os agentes econômicos e litigantes contumazes optem por não litigar e adotar medidas cautelares para a prevenção da contenda. A análise do custo-benefício acaba, assim, apontando positivamente para a judicialização frívola e habitual, que se torna atrativa, com poucos riscos, principalmente, em se tratando de parte beneficiária da gratuidade da justiça.⁵

A decorrente sobrecarga do Judiciário e concentração de processos nas mãos de poucos usuários fica evidente a partir dos dados.

Ao analisar os valores cobrados para interposição de recursos, por exemplo, o relatório "Diagnóstico das custas processuais praticadas pelos tribunais" (CNJ, 2019), evidencia um incentivo do sistema a proposição de apelações, já que, grosso modo, "[...] é muito mais barato interpor recursos do que propor ações originárias".

Pelo menos metade dos 75,4 milhões de processos pendentes na justiça, distribuídos pelas 11 unidades da federação, estão concentrados nas mãos dos 100 maiores litigantes, o setor econômico, bancos, empresas de crédito, financiamento e investimentos, que ficam atrás apenas do setor público (CNJ, 2012).

Nesta linha, a sistemática de atribuição de custos para custeio da justiça e do processo influencia a própria tomada de decisão da parte gerando um incentivo incalculável a litigância predatória, desnecessária e irresponsável.

O incentivo a litigiosidade se evidencia, ainda, no número de acordos realizados. Nos Estados Unidos, o alto custo do litígio tem por reflexo um índice de 98% de acordos. Já, no Brasil, apenas 9,9% dos casos foram solucionados por meio de conciliação no ano de 2020 (CNJ, 2021). Isso anos após a vigência do Código de Processo Civil de 2015 e da implementação da política pública judiciária de tratamento adequado de conflitos de interesse instituída pela resolução 125/210 do CNJ. Dito de outro modo, "[...] com passe subsidiado para litigar, os mais ricos têm pouco interesse em realizar acordos ou resolver administrativamente suas controvérsias" (BODART, 2021)

⁵ Explica Gigo Jr. (2014, p. 181): "Na tradição juseconômica (e.g., Landes, 1971; Gould, 1973; Posner, 1973; Landes e Posner, 1976), a premissa inicial é a de que a parte que escolhe litigar realiza uma escolha racional. Uma ação judicial, para a parte litigante, seja ela autora ou ré, é uma decisão racional na qual são ponderados os custos e os benefícios esperados de se usar esse mecanismo social de resolução de conflito. Com ou sem a participação de advogados (como nos juizados especiais), ainda que intuitivamente, as partes tentam estimar a probabilidade de sucesso, bem como os custos associados à realização de um acordo ou de continuar litigando. Ambas as partes sabem que incorrem em uma margem de erro nessa estimativa. O resultado dessas estimativas individuais determinará, em larga medida, a capacidade de as partes realizarem acordos. Como em qualquer troca voluntária, há chance de acordo quando a proposta máxima de acordo aceita pelo réu racional exceder a proposta mínima

aceitável pelo autor racional. O autor racional realizará um acordo quando o retorno esperado da ação for igual ou próximo do valor oferecido em proposta de acordo pelo réu, pressupondo-se a neutralidade ao risco. Já o réu racional realizará o acordo quando o valor esperado da ação for maior ou próximo ao valor que o autor racional está disposto a aceitar, também se afastando complicações relacionadas à aversão a risco. Assume-se que o custo privado conjunto de litigar é superior ao custo privado conjunto de realizar um acordo. Em um cenário como esse, o acordo apenas não ocorrerá quando as estimativas das partes não coincidirem minimamente e, por isso, não haja um excedente cooperativo a ser dividido. Em outras palavras, a lógica de um acordo é semelhante à lógica de uma troca voluntária (contrato): só ocorrerá se houver um excedente cooperativo a ser distribuído".

Nesta linha, adverte Bodart (2021), a sistemática de atribuição de taxas e custas necessárias para subsidiar os serviços judiciários é responsável pela regressividade do sistema de justiça, naquilo que Gigo Jr. intitula de equilíbrio não cooperativo.⁶ Há, de um lado, o benefício privado sendo superior ao custo privado, mas inferior ao social, de outro, um custo social elevado, com os verdadeiros pobres sendo penalizados, arcando com os custos da litigância dos mais abonados, nestes termos (BODART, 2021):

Se os custos do sistema de Justiça não recaem sobre os mais ricos (litigantes habituais e em grandes causas), nem sobre aqueles que se disfarçam de carentes para obter gratuidade, facilmente se descobre quem paga a conta: os verdadeiramente pobres. Aqueles que muitas vezes não têm sequer o nível educacional necessário para compreender seus direitos são penalizados com um subsídio cruzado às avessas da litigância dos mais abastados. A regressividade do sistema de Justiça já foi detectada pelo CNJ em estudo elaborado em conjunto com o Insuper.

Para além, considerando a escassez dos serviços judiciários, tem-se que sua utilidade para a coletividade, com efetivo acesso à justiça e oferta sustentável, pende a um nível de utilização socialmente ótimo, diretamente proporcional à provocação da jurisdição apenas quando efetivamente se mostrar necessário e a adoção de condutas processuais alinhadas aos princípios fundamentais do processo.⁷

A litigância contumaz, que provoca a jurisdição de forma desnecessária e irresponsável, nesta linha, ao comprometer a capacidade de operabilidade sustentável da máquina judiciária representa afronta a garantia fundamental do acesso efetivo à justiça, colocando em risco a própria democracia. Também, viola os princípios constitucionalmente assegurados da igualdade material e duração razoável do processo,

⁶ Antes da tragédia da justiça, lembra Gigo Jr. (2014, p. 175), Hardin já advertia, na linha de Gordon (1954) e Scott (1955) ao fato de que os indivíduos, “[...] diante da possibilidade de explorar um recurso comum, estariam fadados a destruí-lo pela sobreutilização”.

⁷ Explica Jr. (2014, p. 178): “No entanto, o que parece escapar à percepção de alguns cientistas sociais é que o Judiciário é um recurso rival. Quanto mais pessoas utilizarem o Judiciário, menos útil ele será para a coletividade, pois menor será sua capacidade de prestar serviços públicos adjudicatórios. Se o número de casos excede em muito a capacidade de análise e processamento do Judiciário, cada processo demorará cada vez mais (congestionamento); e a análise de cada caso será cada vez mais

previstos nos artigos 5º, caput e LXXVIII, da Constituição Federal, e 3º e 4º do Código de Processo Civil.⁸

Nesta linha, conforme apontado na mensagem nº 01/2021, encaminhada em justificativa, no Processo Administrativo TJ-SEI nº 2021-0626293, o uso do sistema tributário destaca-se como mecanismo essencial ao fomento da celeridade e consensualidade na Justiça, fazendo frente à litigiosidade acentuada e irresponsável, conforme será visto adiante.

4 AS TAXAS E CUSTAS PROCESSUAIS NA OPERABILIDADE DA JUSTIÇA: A MAXIMIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE LITIGIOSIDADE – UMA ANÁLISE COMPARATIVA

“Não se tem conhecimento “[...] de nação moderna que não possua um órgão judiciário” (NETO, 2020, p. 17).

A jurisdição, enquanto jurisconstrução, é inerente à própria democracia. É por meio dela se realizam os direitos e garantias constitucionalmente assegurados, bem como se coordenam as forças vivas da sociedade. Igualmente, o é o conflito, característico do viver em sociedade.

Inobstante, se é inerte a jurisdição, o exercício do direito de ação, provocando-a a atuar, com toda estrutura necessária, com vistas à tutela do direito ameaçado ou violado, tem por consequência a geração de custos. Estes, por sua vez, poderão ser pagos “por um usuário específico (caso de taxa), todo conjunto de cidadãos (caso dos impostos) ou mesmo uma classe de potenciais beneficiários diretos ou indiretos (caso de contribuições profissionais e de melhoria)”, mas quando financiados pela sociedade, subtraem do caixa geral o montante arrecadado por meio de impostos e que seria destinado à assegurar a qualidade de outros serviços, de modo que o aumento da demanda por um, diminuirá o outro, ante a finitude do Erário, explica Neto (2020, p. 21).

Para além, o artigo 5º da Constituição, ao prever o acesso à justiça como direito fundamental, a ser universal e efetivamente assegurado, não o faz adotando como regra geral o custeio pela sociedade. Não teria mesmo como ser considerando a amplitude dos anseios Constitucionais e a complexidade do

supérflua, pois os magistrados não possuirão tempo suficiente para ponderar com cuidado sobre cada um (sobrecarregamento), o que diminui a qualidade das decisões e, no limite, mina a própria razão de existir um Judiciário (ineficácia)”.⁸

⁸ Conforme consta da mensagem nº 01/2021, encaminhada em justificativa, no Processo Administrativo TJ-SEI nº 2021-0626293: “Aquele que exerce abusivamente o seu direito de demandar em juízo gera externalidades negativas para todos os demais cidadãos que procuram o Judiciário, pois esgota indevidamente recursos que poderiam ser alocados para outras causas para a obtenção de uma prestação jurisdicional mais justa e célere”.

grande Estado em face da finitude do orçamento público.

A escassez de recursos, sejam humanos, sejam estruturais, ou mesmo financeiros, impõe o uso eficiente pelo administrador de modo a atender a todos os fins eleitos pelo constituinte, conforme impõe o artigo 37 da Constituição Federal. Daí a Constituição ter previsto de forma expressa exceção à regra geral do custeio pelos interessados no LXXIV, de modo que apenas quando a parte for efetivamente hipossuficiente, não conseguindo arcar, de fato, com as custas processuais, sem comprometimento de sua subsistência, é que o Estado deverá assegurar-lhe assistência jurídica integral e gratuita, a medida de sua hipossuficiência. Do contrário, segue-se a regra geral: caberá a parte, e não em maior medida a sociedade, arcar com os custos do próprio litígio.

O financiamento social da lide, também, tem enquanto externalidade negativa o incentivo às demandas temerárias e a postergação da resolução do conflito, em razão dos baixos custos do processo, ou até mesmo sua ausência. Basta ver os dados do relatório Justiça em Números que evidenciam que, apesar da maior produtividade dos magistrados e servidores, além das melhorias implementadas na justiça, o congestionamento ainda é uma realidade, sendo que metade dos processos em trâmite se concentram nas mãos 100 maiores litigantes, setor econômico, bancos, empresas de crédito, financiamento e investimentos, que ficam atrás apenas do setor público.

Conforme consta da mensagem nº 01/2021, encaminhada em justificativa, no Processo Administrativo TJ-SEI nº 2021-0626293, "o particular muitas vezes tem incentivos exagerados para litigar, visto que não suporta todos os custos gerados por sua litigância, notadamente as despesas impostas ao erário".

Outro reflexo, conforme levanta Gigo Jr. (2014, p. 180), é o problema da seleção adversa, que tem por resultado a antítese da função social do Judiciário. Ao passo que a sobreutilização da justiça impacta diretamente a eficiência da atividade jurisdicional e, conseqüentemente, macula a credibilidade da Justiça, acaba afastando os que efetivamente dela precisam, ao mesmo tempo em que fomenta cada vez mais os que buscam fugir de suas obrigações.

No continente europeu, marcado por países com IDH elevado ou muito elevado, a questão em torno das custas processuais também se mostra premente.

Nesta linha, o relatório "Study on the Transparency of Costs of Civil Judicial Proceedings in the European Union" (2007) traça panorama das custas aplicáveis na justiça europeia considerando a heterogeneidade com que são disciplinadas.

No âmbito cível, com exceção da França e Luxemburgo, os países europeus cobram dos litigantes taxas e custas judiciais quando do início ou ajuizamento da demanda, que são fixadas preliminarmente pelos governos e em caráter secundário pelos tribunais. Em 43% dos países europeus o montante a ser cobrado é calculado tendo por base o valor da causa e em 40% a natureza do processo, respeitando limites máximos e mínimos.

No Reino Unido, a custa judicial se relaciona com o dispêndio operacional do feito, mas na Alemanha e Finlândia são parceladas, segmentadas conforme as etapas do processo, de modo a fomentar a autocomposição. Assim, o valor das custas pagas ao final varia conforme o estágio em que interrompido o processo. Na Finlândia, por exemplo, compreenderão 72, 102 ou 164 euros a depender se a lide terminou antes da audiência inaugural, se dela o juiz precisou participar, ou se apenas findou com a sentença.

Em sua maioria, os valores arrecadados com as custas são proporcionais aos do orçamento público e, apesar de direcionados ao custeio da Justiça, não o são com exclusividade. A arrecadação se destina ao orçamento em geral, não obrigatoriamente a manutenção da máquina judiciária.

Quanto ao montante, Países como Áustria, Alemanha, Itália, Países Baixos, Polônia, Romênia, Turquia, Reino Unido possuem uma arrecadação significativa de custas judiciais. Na Áustria, por exemplo, os tribunais se mantêm quase que autonomamente, sem necessidade de financiamento público. A Alemanha, por sua vez, possui o orçamento mais elevado entre os Judiciários Europeus, com taxas financiando 47,7% dos custos relativos ao sistema de Justiça, "mesmo com um custo anual dividido por caso novo ou resolvido muito maior que o brasileiro".

Conforme adverte Netto, apesar da complexidade⁹ o sistema Alemão é um exemplo autêntico de excelência da proporção entre os custos judiciários e os ônus de sucumbência, destaca, "alto padrão, razoabilidade de custos, acesso igualitário, mas, ao mesmo tempo, incentivando demandas legítimas e desincentivando as temerárias".

Na mesma linha, Burkhard e Hess advertem que a sistemática adotada no país assegura um acesso

⁹ Explica: "Na Alemanha, as custas judiciais são normalmente calculadas com base no montante em controvérsia, salvo disposição em contrário, 170 mas as disposições em contrário são muitas, a justificar, pelo menos nesse caso, a fama de complexidade do sistema tributário alemão. A tabela que explica a progressão em razão do valor já não é exatamente simples, prevendo uma soma diferente a cada salto de valor da causa.

independentemente da dificuldade do Poder Judiciário. Se o montante disputado for de até €500 (R\$ 2.310,00), a taxa é de €35 (R\$ 161,20). A partir desse valor, para cada €500 a mais de valor da causa, paga-se mais €18, mas somente até o valor da causa atingir €2000. Deste valor até €10.000, a taxa progride em €19 a cada €1000.

efetivo a justiça com custos razoáveis, e mais, "a regra do "perdedor pagador" incentiva potenciais demandantes para perseguir reivindicações válidas, mas ao mesmo tempo desencoraja aquelas não meritórias".¹⁰

Malgrado, na maioria dos países analisados o valor praticado das custas não é significativo e representa em média 20% do orçamento judiciário. Com exceção da Áustria e Estônia, não chega a 150 euros, com países cobrando até menos de 100 euros. A França, inclusive, apenas cobra custas para os processos de Direito Comercial.

Além disso, no geral, como ocorre na Alemanha, Áustria, Estônia e Espanha, os valores cobrados em segundo grau são superiores aos de primeiro grau, desencorajando a prodigalidade.

Inobstante, em todos, o autor da ação ou apelação é quem arca com os custos, assim como há a possibilidade de isenção das custas aos hipossuficientes e conforme o tipo de processo, no caso da Itália e Eslováquia.

As experiências da Alemanha e Finlândia comprovam que a sistemática adequada de taxas e custas é mecanismo hábil a fomentar a resolução célere e consensual.

Na Alemanha, a cobrança de custas por atos, de forma segmentada e conforme cada procedimento processual realizado, incentiva a resolução célere dos conflitos, uma vez atribuir maior custo benefício a resolução consensual, com redução de até um terço do valor total no caso de conciliação, reconhecimento do pedido do autor pelo réu, ou de desistência da causa pelo autor. O valor aproximado de cada processo é de R\$ 39.215,23, ou R\$ 38.967,95. Já, na Finlândia, o incentivo a autocomposição se dá com a minoração das custas, em caso de acordo, e aumento, chegando ao máximo, em caso de sentença.

O comparativo europeu traz lições importantes que alertam para a necessidade de adequação das normativas que disciplinam as custas e taxas judiciais no Brasil proporcionando sustentabilidade ao sistema de justiça e reduzindo o ônus social.

O Projeto de Lei Complementar, sobre o regime de custas forenses, elaborado com base nos estudos do Grupo de Trabalho do Conselho Nacional de Justiça, se dá justamente, neste sentido. Estabelece uma legislação nacional do regime de custas no Brasil, reconhecendo a importância de uma maior clareza, precisão e uniformidade na regulamentação para a racionalização do uso dos recursos estatais e responsabilização da parte que deu causa a ação. Objetiva uniformizar, na linha do que dispõe os artigos

24, inciso IV e 98, § 2º, da Constituição Federal, sem afronta à autonomia dos Estados, a cobrança das custas em âmbito nacional, trazendo conceitos mais claros, balizas gerais, como norte, para posterior fixação pelos Estados. Prevê as fases de incidência, critérios para cálculos e limites de cobrança que variam conforme a natureza do processo, respeitando as peculiaridades dos diferentes ramos da Justiça. Busca um adequado equilíbrio entre a necessidade de preservar o acesso à justiça e o uso racional do aparato judicial. Estimula, ainda, a utilização dos métodos adequados permitindo a adoção de políticas especiais de incentivo pela legislação ordinária posterior dos Estados.

A fixação dos valores ficará a encargo da legislação específica, mas as custas deverão ser cobradas atendendo a legislação complementar, bem como as normativas da União e dos Estados.

Em termos gerais, o projeto segue a linha europeia de fixação das custas. Para os atos principais do processo, incidirão sobre o valor da causa, com a previsão de valores fixos para incidentes.

Além disso, há a previsão de taxas cobradas pelos serviços específicos e divisíveis prestados (art. 10), seja pelos servidores, oficiais ou secretarias. O rol de despesas que contempla os atos e serviços típicos de auxiliares de justiça é exemplificativo. Os remédios constitucionais, habeas corpus, habeas data e ações populares, salvo comprovada má-fé, são isentos de custas (art. 9º). Mas, nos processos criminais, caberá ao acusado, quando condenado, arcar com as custas, que irão variar conforme a complexidade do feito (art. 4º). Os processos trabalhista e de competência dos juizados, são regulamentados nos artigos 5º e 6º.

Quando a litigiosidade habitual e resolução adequada dos conflitos, o Projeto também se alinha a legislação europeia. Como no caso da Alemanha e Finlândia, prevê a divisão das custas em etapas (art. 3º), permitindo que as partes avaliem o seu desejo em prosseguir com a lide, evitando a falácia dos custos afundados ou irrecuperáveis.

Há, ainda, a possibilidade de incremento de custas "[...] adicionais nos casos de paralisação, retardamento ou refazimento de ato por culpa das partes ou ausência injustificada em ato ou audiência sem prévia comunicação ao juízo, quando possível" (art. 7º).

Como no caso europeu, prevê valores diferenciados para quando a parte buscar o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania ou uma plataforma on-line de resolução de controvérsia antes de ingressar com a ação (art. 8º). Inclusive, com a

¹⁰Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_costs_of_proceedings-37-de-maximizeMS-en.do?member=1.

possibilidade de dedução posterior do valor gasto para que acesse os sistemas das custas devidas.

Além disso, estabelece tetos para a gratuidade de justiça, com possibilidade de parcelamento dos encargos, focalizando nas camadas mais abastadas (art. 13). A ideia do sistema, seguindo a linha da Europa, é operar com preços, um regular, outro diferenciado, exclusivamente para a população que efetivamente precisa da Justiça e cujo acesso ficaria obstado diante a fixação de custas elevadas. Possibilita, nesta linha, que a lei traga outros tipos de benefícios para a promoção do acesso à justiça e diminuição da litigiosidade, a depender do tipo de ação e perfil das partes.

Na mesma linha, no Rio de Janeiro, um dos tribunais com o menor índice de arrecadação 11, a Lei nº 4023/2021, oriunda do Projeto de Lei 4.023/21, de autoria do Judiciário e Executivo, altera a Lei Estadual nº 3.350/1999 e o Decreto-lei 05/1975 para adequar as normas que regulamentam as custas e taxas judiciais com vias a desestimular o uso predatório do Judiciário, permitir o financiamento sustentável dos serviços e fomentar a resolução adequada dos conflitos.

A legislação promove ajustes nos valores das custas e taxas judiciais conforme a natureza e complexidade da causa, seguindo a sistemática europeia, mas não só como também prevê a incidência sobre o abandono do processo e quantidade de feitos em nome da parte, como medida de desincentivo a litigância predatória. A parte que abandonar o feito, o paralisar com fins meramente protelatórios, ou ausentar-se injustificadamente em ato ou audiência sem prévia comunicação ao juízo, poderá ser condenada a pagar até o décuplo do valor das custas processuais devidas, montante que será revertido em benefício do Fundo Especial do Tribunal de Justiça – FETJ. Inclusive, com a possibilidade de inscrição em dívida ativa.¹²

No caso dos litigantes contumazes¹³, há a previsão do recolhimento dobrado das custas, hipótese que também se verificará nas causas com conteúdo econômico superior a dez mil salários mínimos; que envolvam direito empresarial e arbitragem; nos processos cíveis e criminais com grande volume de dados e questões complexas; crimes contra a ordem tributária e econômica; crimes da lei de licitações; crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, além de organizações criminosas. O objetivo é

que “os agentes que consomem mais recursos da administração da justiça” contribuam “proporcionalmente mais para o seu custeio” (FIGUEIRA, 2021).

Inobstante, se de um lado, a legislação fez recair o custeio da justiça em maior medida aos litigantes frequentes, de outro, os premiou com a suspensão da cobrança majorada quando demonstrada a redução no acervo do quadrimestre anterior.

Ainda, em desestímulo a propositura de demandas rescisórias infundadas, há a previsão da reversão do depósito efetuado (art. 968, II, CPC), em favor do Fundo Especial do Tribunal de Justiça, diante da inadmissão por decisão monocrática do relator. Conforme consta na mensagem nº 01/2021, encaminhada em justificativa, no Processo Administrativo TJ-SEI nº 2021-0626293, “a atribuição de custas majoradas aos litigantes contumazes sucumbentes visa o desestímulo ao uso predatório da Justiça” (FIGUEIRA, 2021).

A legislação fluminense tem por intuito, também, obstar a concessão indiscriminada do benefício da gratuidade, com a fixação de parâmetros mais rigorosos, até mesmo com a possibilidade de aplicação de punição aos que omitirem sua capacidade econômica. No caso da perícia realizada por perito a ser paga por beneficiário da gratuidade, o financiamento dos custos se dará com a destinação das custas incidentes sobre o valor da verba honorária arbitradas em perícias de outras diligências realizadas pelos auxiliares. O intuito é evitar a postergação da lide diante da ausência de profissional interessado em assumir o ônus.

Conforme destaca o Henrique Carlos de Andrade Figueira, a legislação busca materializar um “acesso a uma justiça ainda mais célere e a meios mais sofisticados de autocomposição, afastando-se da via judicial aqueles que pretendem utilizá-la de forma predatória, desnecessária e irresponsável.” (2021).

No Paraná, Estado com teto de arrecadação bem abaixo do praticado em outros tribunais de grande porte, em 2021, o Órgão Especial apresentou Projeto de Lei de Custas visando atualizar a lei vigente, que data de 1970, estando completamente defasada. O objetivo é conferir maior segurança jurídica e atender ao Princípio da Justiça Distributiva, garantindo atendimento à população hipossuficiente.

11 Segundo o relatório Justiça em Números 2020, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é o que cobra o 6º menor valor de custas iniciais e taxas judiciárias no Brasil. No total, arrecada apenas R\$ 940, 96, ao passo que a média nacional de arrecadação, já insuficiente, é de R\$ 1. 396, 02. O Tribunal de Justiça de São Paulo, também de grande porte, por exemplo, arrecada em média R\$ 2.119, 37.

12 Veja-se que a Lei nº 9507/2021 prevê, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a contagem diferenciada das custas e taxas judiciária, em face da: (1) contumácia e da improbidade processual, Capítulo

II-A; (2) dimensão econômica e da complexidade da causa, Capítulo II-B; (3) da hiperjudicialização, Capítulo II-C.

13 Para fins da Lei nº 9507/2021: “Art. 135-E. Consideram-se litigantes contumazes, [...] as pessoas naturais e jurídicas de direito privado que figurarem como partes em quantidade de processos em trâmite perante o Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro que seja superior ao limite estabelecido anualmente pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro”.

A proposta apresenta tabela com valores progressivos de custas, com faixas relacionadas ao valor da causa; busca a compatibilização das custas às causas de maior valor, com ampliação das faixas vigentes, mas sem onerar excessivamente o usuário dos serviços judiciários, máxime, nas causas de menor valor. Também, extingue o Valor de Referência de Custas Judiciais (VRCJud) para facilitar o entendimento quanto a sistemática de taxas.

Segundo a proposta, no âmbito penal, os réus condenados e que disponham de recursos financeiros, deverão arcar com as custas do feito. O valor máximo no âmbito penal será de R\$ 187,11.

Para além, para garantir o acesso à justiça dos mais necessitados, a proposta torna gratuitas as certidões que o cidadão solicitar em nome próprio, possibilita o parcelamento das custas, mantendo os mesmos critérios já vigentes para a concessão do benefício da gratuidade, bem como as taxas vigentes para as causas de menor valor.

Inobstante, em sua maioria, volta-se a correção monetária do valor das custas, tendo em vista a discrepância da sistemática adotada em se comparada aos demais Estados. Alinhado a sistemática europeia, busca assegurar a continuidade da prestação eficiente do serviço, obstar a judicialização irresponsável e incentivar a resolução consensual e célere dos litígios.

Em substituição ao Projeto, a Alep acabou aprovando o PL nº 677/2020 que concedeu apenas reposição inflacionária de outubro de 2019 a setembro de 2021.

Nesta linha, ainda em 2021, o Tribunal de Justiça, por meio do Decreto Judiciário nº 722/2021, alterou o Regime de Custas dos Atos Judiciais no Estado no que diz respeito as Tabelas de custo dos atos do Tribunal de Justiça; da Procuradoria-Geral de Justiça; Ministério Público; Escrivães Cível, da Família e da Fazenda; dos Escrivães do Crime; contadores, partidores, depositários públicos e distribuidores; avaliadores judiciais; oficiais de justiça; porteiros do auditório; peritos e arbitradores; juízes de paz; tabeliães; oficiais de registro civil, de imóveis; oficiais de títulos e documentos e civil das pessoas jurídicas; de oficiais de protestos de títulos; atos extrajudiciais dos distribuidores.

CONCLUSÃO

Que a justiça custa é um fato. Agora, o quanto, a quem e os reflexos da sistemática de custeio, estas são questões, muitas vezes, relegadas a uma segunda ordem.

No Brasil, os R\$ 100,1 bilhões necessários à manutenção da atividade estatal (CNJ, 2021) de prestação jurisdicional advêm, em sua maioria, não dos

usuários, mas dos impostos, financiados, principalmente, pela sociedade. A sistemática de custas adotada é discrepante e pouco clara a variar conforme a unidade da federação (CNJ, 2021). Além disso, há um elevado índice de processos tramitando com o benefício da gratuidade judiciária e, neste caso, é comum que os valores que deixaram de ser adiantados acabem sequer sendo cobrados ou repassados a quem deu causa ao litígio. No fim das contas, os Tribunais de Justiça arrecadam menos do que precisariam, e considerando que os maiores interessados no sistema de justiça, àqueles que dele fazem uso, inclusive, o vencido, não pagam a conta, o montante é dissipado pela sociedade.

Além disso, visto que o particular não suporta todos os custos gerados pela sua litigância, a sistemática acaba por influenciar a própria tomada de decisão gerando um incentivo incalculável a litigância predatória, desnecessária e irresponsável. O custo-benefício do litígio, dado os baixos custos, ou até mesmo sua ausência, se mostra extremamente atrativo. Reflexo disto é o índice reduzido de acordos e elevado de litígios, metade deles, concentrados nas mãos 100 maiores litigantes.

Como consequência, o equilíbrio não cooperativo com a regressividade do sistema de justiça é inevitável. De um lado, o custo social elevado, com os verdadeiros pobres sendo penalizados, arcando com os custos da litigância dos mais abonados, de outro, o benefício privado dos grandes agentes econômicos sendo superior ao custo privado, mas inferior ao social.

Outro reflexo, conforme investigação realizada neste estudo, é o problema da seleção adversa que tem por resultado a antítese da função social do Judiciário. A sobreutilização do judiciário, ao macular a credibilidade da instituição, acaba por afastar os que dela mais precisam, ao passo que fomenta o ingresso dos que buscam fugir de suas obrigações.

À luz do estudo comparativo realizado envolvendo países da Europa, principalmente, Alemanha e Finlândia, evidenciou-se que a sistemática adequada de taxas e custas é mecanismo hábil a fomentar a resolução célere e consensual. Em contrapartida, no Brasil, há a necessidade de adequação das normativas de modo a assegurar a sustentabilidade do sistema de justiça e reduzir o ônus social.

Em 2021, no entanto, verificou-se uma tendência de modificação na legislação no país, com destaque para o Projeto de Lei Complementar sobre o regime de custas forenses apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça; Lei nº 4023/2021, oriunda do Projeto de Lei 4.023/21, aprovada no Rio de Janeiro; bem como, no Paraná, o Projeto de Lei de Custas, apresentado pelo Órgão Especial – todos buscando assegurar a continuidade da prestação eficiente do serviço, obstar a judicialização irresponsável e incentivar a resolução consensual e célere dos litígios.

Por arremate, conclui-se que há de se concordar com os estudos que revelam a premente necessidade de modificação da sistemática de custas adotadas pelos Estados, uma vez que, pensada racionalmente, o efeito indutor da taxa, de incentivar ou desincentivar a litigância, obstará o acesso inautêntico e que causa a sobreutilização do Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil [livro eletrônico]: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes. E-book. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2020. ISBN 978-65-5065-378-1. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/93643589/v19/page/1>. Acesso em: 15 jun. 2021

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. 100 maiores litigantes. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 19 jan. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Diagnóstico das custas processuais praticadas nos tribunais. Grupo de Trabalho constituído pela Portaria CNJ nº 71, de 9 de maio de 2019. Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/relatorio_custas_processuais2019.pdf. Acesso em: 19 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2017: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2020: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2021: ano-base 2020. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Perfil da fixação de custas judiciais no Brasil e análise comparativa da experiência internacional. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/428>. Acesso em: 19 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Projeto de Lei Complementar nº xxxx, de 2019. Proposta de Atualização. Estabelece normas gerais para a cobrança de custas dos serviços forenses no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, e o controle de sua arrecadação. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/10/Proposta-de-projeto-de-lei-complementar-1.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2002.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impresao.htm. Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 19 jan. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.507, de 8 de dezembro de 2021. Dispõe sobre as custas judiciais e a taxa judiciária no âmbito do estado do rio de janeiro, altera a lei estadual nº 3.350/1999 e o decreto-lei nº 05/1975 e dá outras providências. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/rj/lei-ordinaria-n-9507-2021-rio-de-janeiro-dispoe-sobre-as-custas-judiciais-e-a-taxa-judiciaria-no-ambito-do-estado-do-rio-de-janeiro-altera-a-lei-estadual-no-3-350-1999-e-o-decreto-lei-no-05-1975-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4023, de 5 de abril de 2021. Dispõe sobre as custas judiciais e a taxa judiciária no âmbito do estado do rio de janeiro, altera a lei estadual nº 3.350/1999 e o decreto-lei nº 05/1975 e dá outras providências. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro1923.nsf/6aa55451b1328067832566ec0018d821/7cf2c1b1b3b179e3032586b8006d15b7?OpenDocument>. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. Senado Federal. Novo Código de Processo Civil: exposição de motivos e texto sancionado. 2. ed. Brasília, 2005. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70319>. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impresao.htm. Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 1077/RJ. – Taxa judiciária é tributo da espécie taxa. – Essa natureza jurídica não foi alterada com a edição da Emenda Constitucional nº 7/77. – Se a taxa judiciária, por excessiva, criar obstáculo capaz de impossibilitar muitos a obtenção da prestação jurisdicional, é ela inconstitucional por ofensa ao disposto na parte inicial do §4º do artigo 153 da Constituição. Representação julgada procedente em parte- Relator: Ministro Moreira Alves, Diário da Justiça, Poder Judiciário, Brasília, DF, 28 set. 1984. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263851>. Acesso em: 19 jan. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *conjur.com.br*, 26 abr. 2006, 16:15. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil?imprimir=1. Acesso em: 13 jan. 2021.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BODART, Bruno. Corrigindo injustiças no acesso à Justiça. *blogs.oglobo.globo.com/opinião*, 23 dez. 2021, 00:05. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/opiniao/post/corrigindo-injusticas-no-acesso-justica.html>. Acesso em: 19 jan. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas Cueva. Segurança jurídica e 'incerteza jurisdicional' no Brasil. In: Werson Rêgo. (org.). Segurança jurídica e protagonismo judicial: desafios em tempos de incertezas: estudos jurídicos em homenagem ao ministro Carlos Mário da Silva Velloso. 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2017, v.1, p. 909 - 927.

CUEVA, Ricardo Ricardo Villas Bôas Cueva. Parâmetros para a judicialização do direito à saúde. In: Claudio Lembo; Monica Herman Caggiano; Manoel Carlos de Almeida Neto (org.). Juiz constitucional: Estado e poder no século XXI. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v., p. 507 - 515.

CUEVA, Ricardo Ricardo Villas Bôas Cueva. A trava bancária na jurisprudência do STJ. In: Carlos Henrique Abrão; Fátima Nancy Andrichi; Sidnei Beneti (org.). 10 anos de vigência da Lei de recuperação e falência: (Lei n. 11.101/05). 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUEVA, Ricardo Ricardo Villas Bôas Cueva. Regras, princípios e ponderação na pragmática do direito de Tercio Sampaio Ferraz Jr.. In: João Maurício Adeodato; Eduardo C. B. Bittar. (org.). Filosofia e teoria geral do direito: homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário. 1. ed. p. 1026 - 1036. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

CUEVA, Ricardo Ricardo Villas Bôas. Objetivos do direito da concorrência no Brasil. In: Marcelo Neves; Marina C. A. Lima. (org.). Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. 1. ed. p. 379 - 391. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do "Movimento de Acesso à Justiça": epistemologia versus metodologia. Disponível em: [//gajop.org.br/justicacitada/wp-content/uploads/Lendo-as-Ondas-do-Movimento-de-Acesso-aa-Justica.pdf](http://gajop.org.br/justicacitada/wp-content/uploads/Lendo-as-Ondas-do-Movimento-de-Acesso-aa-Justica.pdf). Acesso em: 27 set. 2021.

EUROPEAN COMMISSION. Study on the Transparency of Costs of Civil Judicial Proceedings in the European Union – Final Report. 2007. Disponível em: file:///C:/Users/081733~1/AppData/Local/Temp/cost_study_finland_en.pdf. Acesso em: 21 jan. 2021.

GERMANY. Regulatory framework governing fees of legal professions. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_costs_of_proceedings-37-de-maximizeMS-en.do?member=1. Acesso em: 21 jan. 2021.

GICO JR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, v. 267, p. 163 - 198, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Teoria Geral do Processo. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

HIPPERTT, Karen Paiva; CASTRO, José Fabiano da Costa; NETTO, José Laurindo de Souza. Acesso à justiça no pós-pandemia: uma nova onda no Brasil. In: II Encontro Virtual do CONPEDI, 2020, Florianópolis. Acesso à justiça e solução de conflitos I, 2020. p. 39 - 40

HIPPERTT, Karen Paiva; NETTO, José Laurindo de Souza; GARCEL, Adriane. Judiciário 2.0: tecnologia à serviço do acesso à justiça—o novo normal. *Percurso*, v. 3, n. 40, p. 194 - 199, 2021.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância: A maximização do acesso na busca pela efetividade. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina). Florianópolis, 2014. Disponível em:

<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/123198/326774.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21 jan. 2021.

MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2019.

NETO, José Gomes Jardim. A taxa judiciária e a autonomia financeira do Poder Judiciário. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico, Financeiro e Tributário). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/td-e-24032021-173105/publico/1137213_Tese_Parcial.pdf. Acesso em: 21 jan. 2021.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 4, n. 4, 2009.

PIOVEZAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 11. ed. Saraiva, 2010.

REDAÇÃO DO MIGALHAS. No Rio, PL cria custas em abandono processual e "litigância contumaz". migalhas.com.br, 8 dez. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/356262/no-rio-pl-cria-custas-em-abandono-processual-e-litigancia-contumaz>. Acesso em: 21 jan. 2021.

REDAÇÃO MIGALHAS. Proposta do CNJ inova ao distribuir custas judiciais por diferentes tipos e usos. migalhas.com.br, 5 dez. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/316560/proposta-do-cnj-inova-ao-distribuir-custas-judiciais-por-diferentes-tipos-e-usos>. Acesso em: 21 jan. 2021.

RIO DE JANEIRO. MENSAGEM nº 01/2021, de 5 de abril de 2021. Ref. Processo Administrativo TJ-SEI nº 2021-0626293. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/servicos/servicos/sei-processo-administrativo-eletronico>. Acesso em: 21 jan. 2021.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. FREIRE, Alexandre (coord.). Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book. ISBN 978-85-02-63558-6. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580069>.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disparidade nos regimes de custas dificulta acesso à Justiça para os mais pobres, diz o ministro Villas Bôas Cueva. stj.jus.br, 14 ago. 2022, 18:04. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portallp/Paginas/Comunicacao/Noticias/14082020-Disparidade-nos-regimes->

de-custas-dificulta-acesso-a-Justica-para-os-mais-pobres--diz-o-ministro-Villas-Boas-Cueva.aspx. Acesso em: 21 jan. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Ministros do STJ entregam ao Congresso projeto de lei sobre regime de custas no Judiciário. stj.jus.br, 9 set. 2020, 21:50. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portallp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09092020-Ministros-do-STJ-entregam-ao-Congresso-projeto-de-lei-sobre-regime-de-custas-no-Judiciario.aspx>. Acesso em: 21 jan. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Decreto Judiciário nº 722, de 27 de dezembro de 2021. Dispõe sobre correção monetária das custas e emolumentos previstos na Lei Estadual nº 6.149/70, com fundamento no art. 2º da Lei Estadual nº 20.948/2021 e no art. 1º da Lei Estadual nº 20.504/2020. Diário Eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Curitiba, PR, ano 2021, Edição nº 3117.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Presidente do TJPR se reúne com Deputados para tratar sobre Projeto de Lei de Custas. tjpr.jus.br, 7 dez. 2021. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jzB/content/presidente-do-tjpr-se-reune-com-deputados-para-tratar-sobre-projeto-de-lei-de-custas/18319?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpr.jus.br%2Fnoticias%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_9jzB%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D1%26_101_INSTANCE_9jzB_advancedSearch%3Dfalse%26_101_INSTANCE_9jzB_keywords%3D%26_101_INSTANCE_9jzB_delta. Acesso em: 21 jan. 2021.

TUCCI, José Rogério Cruz e; FILHO, Manoel Caetano Ferreira; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (coord.). Código de Processo Civil Anotado. Paraná: Ordem dos Advogados do Brasil, 2019. E-book. ISBN 978-85-86893-00-1. Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/02/cpc-annotado-25022019.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. Série cadernos do CEJ, v. 22, p. 43-50, 2003

A PRESCRIÇÃO RETROATIVA, O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA



Mauro Bley Pereira Junior¹

Apresenta-se conceito da prescrição retroativa, com análise dos princípios do duplo grau de jurisdição e da dignidade da pessoa humana, concluindo-se que a prescrição retroativa deve ser aplicada sem análise das provas que conduziram à sentença condenatória, observando-se excepcionais distinções. Sugerem-se planos de gestão para combate à prescrição retroativa.

Palavras-chave: Prescrição Retroativa. Duplo Grau de Jurisdição. Dignidade da pessoa humana.

¹ Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná em 1991. Juiz Substituto em 2º Grau no Tribunal de Justiça do Paraná. E-mail: mbp@tjpr.jus.br.

RETROACTIVE PRESCRIPTION, DOUBLE DEGREE OF JURISDICTION AND DIGNITY OF HUMAN PERSON

The concept of retroactive prescription is presented, with an analysis of the principles of the double degree of jurisdiction and the dignity of the human person, concluding that the retroactive prescription must be applied without analysis of the evidences that led to the conviction, observing exceptional distinctions. Management plans are suggested to combat retroactive prescription.

Keywords: Retroactive Prescription. Double Degree of Jurisdiction. Dignity of human person.

INTRODUÇÃO

Observa-se, de alguns doutrinadores e julgadores, o entendimento de que apresentado pleito recursal absolutório pelo réu, é necessária a análise do mérito processual (a culpa ou inocência do réu), mesmo quando se verifica a prescrição retroativa da condenação.

Tais posicionamentos derivam da consideração do necessário exame do mérito em atenção aos preceitos constitucionais atinentes à dignidade humana e ao princípio do duplo grau de jurisdição, que dispõem que todo acusado tem direito à presunção de inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa, sendo-lhe garantido o direito de recorrer da sentença.

Em contraposição, vários doutrinadores e julgadores apresentam o entendimento de que o reconhecimento da prescrição retroativa, que é realizado preliminarmente, importa na impossibilidade de análise do pleito de absolvição, visto que verificada a extinção da punibilidade e do processo, não é lógico ou coerente que se realize a análise probatória do feito, a fim de avaliar se o réu merecia ser condenado ou absolvido.

Entende-se que a prescrição não prejudica a dignidade do réu, ou o duplo grau de jurisdição, pois não há mais processo, não podendo se verificar qualquer efeito penal ou civil.

1 PRESCRIÇÃO RETROATIVA

A prescrição retroativa é uma forma de prescrição que se verifica depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso. Esta espécie de prescrição regula-se pela pena aplicada, e o prazo não pode ter termo inicial em data anterior à da denúncia ou queixa.

Damásio de Jesus¹ informa o conceito de prescrição:

“O decurso do tempo possui efeitos relevantes no ordenamento jurídico, operando nascimento, alteração, transmissão ou perda de direitos. No campo penal o transcurso do tempo incide sobre a conveniência política de ser mantida a persecução criminal contra o autor de uma infração penal ou de ser executada a sanção em face

de lapso temporal minuciosamente determinado pela norma. Com a prescrição o Estado limita o jus puniendi concreto e o jus punitiois a lapsos temporais, cujo decurso faz com que considere inoperante manter a situação criada pela violação da norma de proibição praticada pelo sujeito. (...) O termo prescrição, no sentido comum, significa preceito, ordem expressa; no sentido jurídico, significa perda de um direito em face de seu não exercício dentro de certo prazo. Prescrição penal, num conceito preliminar, é a extinção do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo. Preferimos dizer que a prescrição penal é a perda da pretensão punitiva ou executória do Estado pelo decurso do tempo sem o seu exercício”.

René Ariel Dotti², ao tratar sobre prescrição, leciona:

“O tempo é um fenômeno relevantíssimo para se determinar a aplicação da lei penal e que opera não somente para o efeito de extinguir a punibilidade (morte, prescrição, decadência e perempção), mas também para muitos outros efeitos. A prescrição é uma das formas de extinção da punibilidade pelo decurso do tempo. A passagem do tempo apaga a lembrança dos fatos, fazendo com que o crime caia no esquecimento de maneira a cessar o alarma e o desequilíbrio social por ele causado. Como lembra Nelson Hungria, nem mesmo já será praticável uma exata apuração da verdade, dada a dispersão, a alteração ou o desaparecimento das provas. “A justiça demasiadamente tardia não pode alcançar o apoio da certeza que legitima uma condenação. E ainda mesmo que

¹ JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. Parte Geral. 12. ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 1988. p. 209.

² DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 12. ed. 1º Volume, São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 112.

haja intervindo, sem subsequente cumprimento, a condenação do réu, a pena, com o transcurso do tempo, acaba por perder o seu cunho de necessidade e o seu caráter finalístico: sua serôdia execução já não seria um ato de justiça profícua, mas um simples capricho da vingança".

Ainda observa o saudoso autor³:

"A prescrição é a perda de ação atribuída a um direito e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo (Bevilacqua, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil, p.268). Esse conceito, sintetizado por um imortal mestre de Direito Civil, vale também para o Direito Penal. Com efeito, os fatores determinantes dessa causa de extinção da punibilidade são os mesmos para ambos os ramos jurídicos. A propósito, a definição de Bruno: "A prescrição no Direito Penal é esta ação extintiva da punibilidade que exerce o decurso do tempo, quando inerte o poder público na repressão do crime (Direito Penal, t.3, p.209)".

A prescrição retroativa está prevista no art. 110, § 1º, do Código Penal 4:

"Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º. A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido o seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou da queixa".

³ Idem.

⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 out. 2022.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 605

A prescrição retroativa é definida por Guilherme Nucci⁵, como sendo "a perda do direito de punir do Estado, levando-se em consideração a pena aplicada na sentença condenatória (ou acórdão), mas ainda não executada, em virtude de determinado lapso temporal. Baseia-se, pois, na pena concreta do Estado (art.110, § 1º, CP)". Rogério Greco ⁶, de forma didática, observa que:

"[...] a prescrição da pretensão punitiva retroativa consiste na perda do poder-dever do Estado de punir, em razão de sua inércia por determinado período de tempo (...) A prescrição retroativa deverá ser considerada como hipótese de prescrição da pretensão punitiva, com todas as consequências inerentes a esse reconhecimento, a exemplo de não servir para efeitos de reincidência, maus antecedentes, formação de título executivo judicial para a vítima, etc. (...) Essa modalidade de prescrição afasta todos os efeitos da condenação, tanto os principais, quanto os secundários, os penais e os extrapenais (TJRS, ACr 70033643321, Rel. Des. Odone Sanguiné, 3ª Câm. Crim., DJERS 15/6/2010)".

2 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O princípio do Duplo Grau de Jurisdição, segundo Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco ⁷, refere-se à possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau (ou de primeira instância), e funda-se na possibilidade da decisão de primeiro grau ser injusta ou errada, daí decorrendo a necessidade de permitir-se sua reforma em grau de recurso.

Observa-se, regularmente, tal princípio nos feitos processuais criminais. Porém, observada a prescrição, verifica-se a extinção do feito e da punibilidade do agente. Nessas circunstâncias, afirmam doutrinadores e julgadores que não é lógico ou coerente a análise probatória em feito que já não existe juridicamente, e do qual não podem surgir efeitos cíveis ou penais.

Observam-se posicionamentos neste sentido por doutrinadores, de forma majoritária, assim como

⁶ GRECO, Rogerio. Código Penal Comentado, 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. p.320

⁷ ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Teoria Geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 413

julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Cléber Masson⁸ leciona que a prescrição é matéria preliminar, conforme previsão no Código Penal e seu reconhecimento importa em prejuízo ao exame do mérito da causa. O doutrinador menciona os seguintes julgados:

“O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA FIRMOU COMPREENSÃO NO SENTIDO DE QUE, CONSUMANDO-SE O LAPSO PRESCRICIONAL (PRESCRIÇÃO SUBSEQUENTE OU SUPERVENIENTE) NA PENDÊNCIA DE RECURSO ESPECIAL, DEVE-SE DECLARAR, PRELIMINARMENTE, A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, COM PREJUÍZO DO EXAME DE MÉRITO DA CAUSA. COM EFEITO, UMA VEZ DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE, NOS TERMOS DO ART.107, IV, DO CÓDIGO PENAL, MOSTRA-SE PATENTE A FALTA DE INTERESSE DOS RECORRENTES EM OBTER A ABSOLVIÇÃO EM FACE DA ATIPICIDADE DA CONDUTA, EM RAZÃO DOS AMPLOS EFEITOS DO RECONHECIMENTO DESTA INSTITUTO (STJ: REsp 908.863/SP, rel. Min. Og Fernandes, 6ª Turma, j. 08.02.2010. No mesmo sentido: Superior Tribunal de Justiça: Rcl 4.515/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, j.27.04.2011). [...]

Prescrição da pretensão punitiva – efeitos: “O RECONHECIMENTO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO IMPLEMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL ENSEJA O DESAPARECIMENTO DE TODOS OS EFEITOS PENAIIS E EXTRAPENAIIS DA CONDENAÇÃO (Superior Tribunal de Justiça: AgRG nos EREsp 1.022.286/RS, rel. Min. Regina Helena Costa, 3ª Seção, j. 27.08.2014)”.

Guilherme de Souza Nucci⁹, no mesmo sentido, também observa que tendo em vista que a prescrição é considerada matéria de ordem pública, deve ser decretada de ofício, em qualquer fase do processo (Superior Tribunal de Justiça, REsp 60.870-SP, 6ª Turma,

rel. Vicente Leal, 19.10.1999), ou por provocação das partes, inclusive em ações de impugnações, ou, ainda, por meio de recursos (habeas corpus, revisão criminal e outros). Trata-se de matéria preliminar, ou seja, impede a análise do mérito.

O doutrinador menciona os seguintes julgados:

“PRESCRIÇÃO – PRAZO – RÉU MENOR DE 21 ANOS À ÉPOCA DO FATO – APLICABILIDADE DO ART.109, VI, C/C ARTS. 110, § 1º, 114 E 115, TODOS DO CÓDIGO PENAL – EXAME DO MÉRITO PREJUDICADO – RECURSO PROVIDO PARA JULGAR EXTINTA A PUNIBILIDADE” (TJSP, Ap.151.325-3, Pirassununga, rel. Lustosa Goulart, 21.07.1994) ‘VERIFICADA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO RECORRENTE EM FACE DA PRESCRIÇÃO PUNITIVA, O MÉRITO DO RECURSO NÃO PODE SER APRECIADO’ (Superior Tribunal de Justiça, REsp 197.977-RO, rel. Min. Edson Vidigal, 5ª Turma, 04/05/1999)

[...]
Súmula 241 do extinto Tribunal Federal de Recursos: ‘A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PREJUDICA O EXAME DE MÉRITO DA APELAÇÃO CRIMINAL’.”

Nesse sentido, observo decisão do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em que consta expressamente que o reconhecimento da preliminar de prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, importa em restar prejudicada a questão de fundo, não se verificando ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista tratar-se de extinção da punibilidade, com ausência de efeitos de natureza penal ou cível.

Reproduzo a decisão:

“CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS ESTELIONATO-ART. 251 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO DA DEFESA. RECONHECIMENTO DA PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. QUESTÃO DE FUNDO PREJUDICADA. INCONFORMISMO. PLEITO D

⁸ MASSON, Cleber. Código Penal Comentado, 8. ed. São Paulo: Método, 2020. p. 799/800

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 601

ABSOLVIÇÃO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA– CF, ART. 1º, INC. III. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. AUSÊNCIA DE EFEITOS DE NATUREZA PENAL OU CÍVEL. 1. A prescrição da pretensão punitiva, diversamente do que ocorre com a prescrição da pretensão executória, acarreta a eliminação de todos os efeitos do crime. 2. A prescrição é matéria de ordem pública, por essa razão deve ser examinada de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do interessado, e, caso reconhecida em qualquer fase do processo, torna prejudicada a questão de fundo. Precedentes: AgRg no RE nº 345.577/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, Dj de 19/12/2002; HC 73.120/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 03/12/99; HC nº 63.765/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 18/4/86. 3. In casu, houve condenação pelo crime de estelionato (CPM, art. 251), ensejando recurso de apelação da defesa cuja preliminar de prescrição da pretensão punitiva restou acolhida, por isso não procedem as razões da impetração no que visam à análise dos argumentos que objetivavam a absolvição no recurso defensivo, não cabendo, conseqüentemente, falar em violação do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), sobretudo porque, reiterando-se, o reconhecimento dessa causa extintiva da punibilidade não acarreta quaisquer efeitos negativos na esfera jurídica do paciente, consoante o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Francisco Rezek no HC 63.765, verbis: 'Há de existir em nosso meio social uma suposição intuitiva, evidentemente equívoca do ponto de vista técnico-jurídico, de que em hipóteses como esta a prescrição – mesmo a prescrição da pretensão punitiva do Estado –

deixa sequelas e por isso justifica, na pessoa que foi um dia acusada, o interesse em ver levada adiante a análise do processo, na busca de absolvição sob este exato título. Sucede que não é isso o que ocorre em nosso sistema jurídico. A pretensão punitiva do Estado, quando extinta pela prescrição, leva a um quadro idêntico àquele da anistia. Isso é mais que a absolvição. Corta-se pela raiz a acusação. O Estado perde sua pretensão punitiva, não tem como levá-la adiante, esvazia-a de toda consistência. Em tais circunstâncias, o primeiro tribunal a poder fazê-lo está obrigado a declarar que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, que o debate resultou extinto e que não há mais acusação alguma sobre a qual se deva esperar que o Judiciário pronuncie juízo de mérito. (...). Quando se declara extinta a punibilidade pelo perecimento da pretensão punitiva do Estado, esse desfecho não difere, em significado e conseqüências, daquele que se alcançaria mediante o término do processo com sentença absolutória".¹⁰

Destarte, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, não importa em ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição, tratando-se de matéria de ordem pública que deve ser reconhecida preliminarmente a qualquer tempo ou grau de jurisdição.

Nesse sentido, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, acolhendo voto do Ministro Campos Marques, deliberou:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus HC115.098/RJ. Relator: Ministro Luiz Fux – Primeira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 7 mai. 2013. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur232004/false>. Acesso em: 17 out. 2022.

RECONHECIDA DE OFÍCIO. 1. A prescrição, por ser matéria de ordem pública, a teor do art. 61 do Código de Processo Penal, deve ser reconhecida de ofício ou a requerimento das partes, a qualquer tempo ou grau de jurisdição. Precedentes. 2. Concretizada a pena em 2 (dois) anos de reclusão, e considerando o disposto no enunciado n. 497 da Súmula do STF, verifica-se a ocorrência de lapso temporal superior a 4 (quatro) anos entre a constituição definitiva do crédito tributário e o recebimento da denúncia, declarando-se, de ofício, a extinção da punibilidade do paciente quanto à pena privativa de liberdade, pela caracterização da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa. 3. Agravo provido para declarar, de ofício, a extinção da punibilidade quanto ao crime praticado pelo ora agravado, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa".¹¹

3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana adquiriu especial valor após a Segunda Guerra Mundial diante das atrocidades nazistas ocorridas, em especial, em relação a judeus, negros, ciganos, homossexuais e povos de alguns países.

A dignidade da pessoa humana, neste contexto, pressupõe igualdade, significando que não se admite gradações entre seres humanos, ou seja, não existem pessoas com mais dignidade do que outras.

A proteção da dignidade da pessoa humana, disciplinada no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, determina que os poderes públicos e os particulares devem respeitar a dignidade do ser humano, e conceder acesso a direitos essenciais.

Esta previsão está relacionada a direitos sociais, sendo vetor interpretativo do art. 5º da Constituição

Federal 12 "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade(...)".

O Estado tem o dever de promover políticas públicas para que o indivíduo tenha uma existência digna, sobretudo através da consagração de direitos sociais. A dignidade está relacionada a condições existenciais do ser humano e de acesso a serviços essenciais. Entre os serviços essenciais está o acesso à justiça, e a atuação do Estado na proteção e segurança do ser humano.

Todas as pessoas devem ter acesso à justiça, no sentido de ver assegurados seus direitos.

Quando se trata de situação envolvendo a prática de crime, verifica-se que cabe ao Estado promover medidas eficientes no combate à criminalidade, garantindo a qualquer indivíduo, e à sociedade, a segurança devida.

Sob essa ótica, a prescrição retroativa é causa de prejuízo à dignidade da pessoa humana, em relação à vítima e a sociedade, e para tal percepção, apresento notícia publicada na revista *Consultor Jurídico*¹³, em 23 de maio de 2022:

"Atraso fatal - Por prescrição, homem condenado por três estupros tem pena extinta

Devido à prescrição da pretensão punitiva estatal, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais declarou extinta a punibilidade de um homem que havia sido condenado por três crimes de estupro.

O longo tempo transcorrido entre denúncia e publicação da sentença favoreceu o réu.

Em primeira instância, o réu recebeu a pena total de 13 anos, seis meses e 20 dias de prisão, em regime inicial fechado.

No TJ-MG, o desembargador relator XXXXX lembrou que o prazo prescricional aplicável ao caso é de 12 anos — considerando que as penas impostas a cada um dos crimes não eram maiores do que oito anos.

Um dos crimes pelos quais o réu foi condenado ocorreu em 2002, enquanto os outros dois aconteceram em 2004. Em outubro deste mesmo ano, foi recebida a denúncia. A sentença condenatória foi publicada em julho de 2019.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.256.886/PR. Relator: Ministro Campos Marques – Quinta Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 23 out. 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201101329252. Acesso em: 17 out. 2022

¹² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília,

1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2022.

¹³ HIGÍDIO, José. Atraso fatal - Por prescrição, homem condenado por três estupros tem pena extinta. Revista *Consultor Jurídico*, 23 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ai-23>. Acesso em: 26 set. 2022.

Como se passaram mais de 14 anos entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença, foi reconhecida a prescrição".

A mencionada notícia bem demonstra que a prescrição retroativa da condenação não importa em ofensa à dignidade do réu, que é beneficiado pela mesma, pois, apesar de condenado, o processo e sua punibilidade foram extintas, ou seja, deixaram de existir.

Todavia, a extinção do processo e da punibilidade em virtude de prescrição retroativa causam notória e justa indignação às vítimas diretas dos crimes e à sociedade.

Tal indignação importa em desgaste de confiança nas atividades do Estado, tendo como consequência as considerações sociais de impunidade e a resistência de vítimas em acessar ou buscar a proteção da justiça.

Nesse sentido, observam-se as ponderações do eminente Desembargador do Tribunal de Justiça de Rondônia, Marcos Alaor Diniz Grangeia¹⁴, quando afirma que:

"A falta de agilidade do Sistema Judiciário, além de gerar incerteza no cenário econômico, descrédito social, também leva insegurança à população, em razão da sensação de impunidade em relação à pena aplicada aos criminosos. A demora no julgamento dos processos criminais redundando em senso de impunidade e insegurança pública, pois a sociedade, acuada pela marginalidade, é obrigada a conviver, em face do sistema constitucional, com réus que, condenados no primeiro grau de jurisdição, esperam a apreciação de seus recursos no Tribunal".

O referido jurista, após identificar a crise de gestão do Poder Judiciário, analisa o futuro, asseverando o seguinte:

"Identificado o problema gerencial do Poder Judiciário, suas consequências, bem como os possíveis caminhos para a solução da crise de gestão que tomou conta dos serviços

jurisdicionais, o futuro de uma justiça ágil revela-se possível. Considerado por muitos como gestor despreparado, o magistrado brasileiro abraçou a causa e, hoje, planejamento estratégico, gestão por resultados, qualidade total, são palavras de ordem na luta contra a lentidão dos processos. Os primeiros resultados positivos da luta já começam a ser percebidos, como apurado na pesquisa realizada pela FGV – IPESPE, em que se observam respostas no sentido de que: vale a pena a procurar a justiça (80%); há confiança nos juizes (67%); há satisfação nos serviços (52%) e; a justiça evoluiu e está evoluindo (44%), revertendo números negativos apurados em pesquisas anteriores. O povo brasileiro deve se orgulhar de seus magistrados, pois estes tomaram para si o dever de resolver a crise de gestão instalada no Poder Judiciário Brasileiro. Em ações conjuntas com os tribunais estaduais, federais, suas escolas de magistraturas, tribunais superiores, com o CNJ, ENFAM e associações de classes, a Magistratura do Brasil revela-se capaz de assumir o papel pró-ativo de desenhar e construir o judiciário desejado pelo jurisdicionado".¹⁵

No mesmo sentido de tais ponderações, o eminente Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná, Roberto Portugal Bacelar¹⁶, em monografia premiada, observa que:

"As propostas estratégicas de treinamento, capacitação e percepção da celeridade poderão levar o Poder Judiciário a alcançar o ideal de efetivação da promessa de "acesso à ordem jurídica justa" que é aquela analisada segundo a perspectiva do jurisdicionado. Da experiência vivida pelo Poder Judiciário, resulta a convicção dirigida à necessidade de democratizar gestão ouvindo os jurisdicionados e capacitando melhor

¹⁴ GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. A crise de gestão do Poder Judiciário: O problema, as consequências e os possíveis caminhos para a solução. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), 2022. Disponível em: https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2013/01/2099_Des_Marcos_Alaor_Artigo_ENFAM_28_4_2011_editado.pdf. Acesso em: 26 set. 2022.

¹⁵ Idem.

¹⁶ BACELLAR, Roberto Portugal. A pressa da justiça morosa. Monografia vencedora no concurso da Associação dos Magistrados Brasileiros, na área Planejamento Estratégico do Judiciário, o atendimento do jurisdicionado como Finalidade da Justiça. Congresso Brasileiro de Magistrados. São Paulo, 2010. Disponível em: <https://silo.tips/download/nografia-roberto-portugal-bacellar>. Acesso em: 26 set. 2022.

os magistrados. O prestígio dos juízes e do próprio Poder Judiciário depende fundamentalmente do atendimento do jurisdicionado. A demora na prestação jurisdicional é menos traumática do que a pressa que é percebida pelo jurisdicionado como desatenção e desrespeito. O momento atual exige que o Poder Judiciário resgate a sua boa reputação, amplie a sua legitimação social e faça aflorar sua essência (um serviço público essencial e de qualidade)".

O principal jurisdicionado no processo penal, a vítima direta de crime, até poucas décadas atrás, não recebia qualquer atenção processual, sendo que seu depoimento era alvo de dúvidas em relação à verdade dos fatos. Felizmente, tal situação vem sendo alterada nas recentes legislações e julgados, em que a vítima vem assumindo especial relevância.

Nesse sentido, menciono, como exemplo, uma de inúmeras decisões do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÕES CORPORAIS LEVES. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. MATERIALIDADE. FATOS EXPLICITAMENTE ADMITIDOS E DELINEADOS NO V. ACÓRDÃO PROFERIDO PELO EG. TRIBUNAL A QUO. NÃO INCIDÊNCIA DO ÓBICE PREVISTO NA SÚMULA 7/STJ. I - O Novo Código de Processo Civil e o Regimento Interno desta Corte (art. 932, inciso III, do CPC/2015 e arts. 34, inciso VII, e 255, § 4.º, inciso I, ambos do RISTJ) permitem ao relator julgar monocraticamente recurso inadmissível, prejudicado, ou que não tiver impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida, não importando essa decisão em cerceamento de defesa ou violação ao princípio da colegialidade. II - A reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido, quando suficientes para a

solução da questão, não implica o vedado reexame do material de conhecimento. Os elementos probatórios delineados no v. acórdão increpado são suficientes à análise do pedido, exigindo, tão somente, a reavaliação da situação descrita, o que, ao contrário, admite-se na via extraordinária. Agravo regimental não provido. [...] segundo jurisprudência desta Corte, 'a palavra da vítima tem especial relevância para fundamentar a condenação pelo crime de ameaça, mormente porque se trata de violência doméstica ou familiar' [...]"¹⁷

4 A POSSIBILIDADE DE DISTINÇÃO

É de se ressaltar que não se pretende supor que o réu condenado não possa ser vítima de ilegalidades ou abusos que resultem em sua condenação. Nestas situações, cabe ao réu o acesso à justiça e determinações judiciais que permitam o pleno respeito aos seus direitos fundamentais.

Regularmente, tais situações são objeto de revisão criminal, nos termos do art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal 18, o qual estabelece que: "A revisão dos processos findos será admitida: I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da Lei penal ou à evidência dos autos".

Tal previsão não impede que o Tribunal, de ofício, ou à requerimento das partes (como no caso de apelação), cesse eventual ilegalidade ou abuso de poder, ao verificar que o réu sofreu ou está na iminência de sofrer condenação ilegal.

Nesse sentido, reproduzo o art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, que estabelece que "Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso do processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal".

É de se ressaltar que tais situações se verificam em casos excepcionais. E nessas situações fáticas é possível atribuir a técnica do chamado "distinguishing", ou distinção.

Didier Junior¹⁹ leciona que o "distinguishing": consiste em uma técnica de confronto do suporte fático recedente com a da demanda a ser julgada, cujo resultado poderá: a) conduzir à aplicação de

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo de Recurso Especial 1.236.017/ES. Relator: Ministro Felix Fischer – Quinta Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 11 abr. 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201800089257. Acesso em: 17 out. 2022.

¹⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro,

1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 17 out. 2022.

¹⁹ DIDIER JR, Fredie et al. Precedentes. Salvador: Juspodivum, 2016.
¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 134/2022. Diário de Justiça Eletrônico do CNJ nº 222/2022, Brasília, 09 set. 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4740>. Acesso em 17 out. 2022.

precedente no caso concreto, se as eventuais dissemelhanças entre os casos confrontados não forem consideradas relevantes o suficiente para o afastamento daquele, ou; b) impedir a aplicação do precedente, acaso as divergências fáticas entre os elementos contrastados apresentem grau de importância capaz de afastar a incidência daquele. Por "distinguishing", se entende não apenas o método de confronto entre o precedente e o caso concreto, como, também, o resultado desse confronto, quando constatada diferença entre os elementos comparados.

Assim, o "distinguishing" ou distinção se verifica ao ser identificada uma situação material relevante. Nestes casos, os tribunais podem afastar a aplicação de precedente pelo uso da técnica da distinção. Essas hipóteses não podem servir para negar, de forma genérica, a legislação vigente ou estabelecer nova tese jurídica e tampouco como via indireta de superação de precedentes, também chamado "overruling".

A técnica da distinção é muito relevante e deve ser aplicada pelo juiz ou pelos tribunais, pois com a meta de atingir objetivo numérico, o precedente pode ser aplicado inadequadamente, sem que sejam consideradas as peculiaridades do caso concreto.

Portanto, é possível aos juízes e tribunais apreciar matérias probatórias em feitos processuais prescritos, em situações em que o réu condenado é vítima de ilegalidades.

É de se ressaltar que tais situações são excepcionais e não podem servir de parâmetro para determinar a revogação do entendimento, consagrado na doutrina e jurisprudência brasileira, de que a prescrição retroativa é matéria de ordem pública e deve ser observada preliminarmente.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apresentou a Recomendação 134/2022²⁰, em 09/09/2022, cabendo destaque nas previsões do artigo 14, que tratam da hipótese de "distinguishing".

Ela ocorre quando o intérprete compara os pressupostos de fato e de direito que levaram à formação de um precedente, em relação a um determinado caso concreto que esteja em julgamento. Na prática, se não houver identidade desses pressupostos, o juiz pode superar o precedente e decidir a causa como entender de direito. Para o CNJ, isso pode ser feito, mas é preciso explicar, de maneira clara, a situação material relevante e diversa capaz de afastar a tese. A recomendação prevê, também, que o "distinguishing" não seja usado para afastar a aplicação da legislação vigente e para estabelecer tese jurídica em descompasso com a jurisprudência consolidada sobre o assunto.

CONCLUSÃO E SUGESTÃO

A análise recursal da prescrição processual da condenação, também chamada prescrição retroativa, é de ordem pública, e deve ser realizada de forma preliminar em relação ao mérito.

Com o reconhecimento da prescrição retroativa, verifica-se a extinção do processo e da punibilidade do réu, não sendo caso de análise de eventual pleito de absolvição, posto que o processo deixou de existir. Esta posição é adotada de forma majoritária pela doutrina, verificando-se, inclusive, precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, e do Superior Tribunal de Justiça.

O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva não importa em ofensa ao princípio do Duplo Grau de Jurisdição, tratando-se de matéria de ordem pública que deve ser reconhecida preliminarmente em qualquer juízo.

A dignidade da pessoa humana, consistente no acesso à justiça e a proteção do Estado, refere-se à direito social de igualdade de tratamento, e em relação ao Poder Judiciário, consiste em verificar a todos o acesso à justiça para proteção de seus direitos. A dignidade da pessoa humana é observada pelo Poder Judiciário quando o processo judicial tem seu desenvolvimento regular, com diligência, agilidade, e robustez probatória.

Na prescrição retroativa da condenação, a dignidade do réu condenado não sofre ofensa. Ao contrário, o réu é beneficiado pela extinção do processo e sua anistia resultante da prescrição, não havendo qualquer efeito penal ou cível ao mesmo.

Essa espécie de prescrição causa ofensa à dignidade das vítimas diretas de crimes e da sociedade. A prescrição retroativa indica que o Estado está agindo de forma ineficiente, ou seja, não atua adequadamente no sentido de proteger vítimas e sociedade, e de demonstrar os benefícios do acesso à Justiça.

É possível observar ao réu condenado a condição de vítima em casos excepcionais em que se verifiquem abusos e ilegalidades, em situação de distinção.

Sugere-se, conforme as observações e ponderações apresentadas pelos eminentes Desembargadores Marcos Alaor Diniz Grangeia e Roberto Portugal Bacellar, a implementação de cursos de gestão de pessoas e de processos, com frequência obrigatória aos juízes e serventuários, a fim de que o Poder Judiciário preste serviço com agilidade, atenção e respeito, e especialmente para diminuir a incidência da indesejada prescrição retroativa.

²⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 134/2022. Diário de Justiça Eletrônico do CNJ nº 222/2022, Brasília,

09 set. 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4740>. Acesso em 17 out. 2022.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Teoria Geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

BACELLAR, Roberto Portugal. A pressa da justiça morosa. Monografia vencedora no concurso da Associação dos Magistrados Brasileiros, na área Planejamento Estratégico do Judiciário, o atendimento do jurisdicionado como Finalidade da Justiça. Congresso Brasileiro de Magistrados. São Paulo, 2010. Disponível em: <https://silo.tips/download/nografia-roberto-portugal-bacellar>. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 134/2022. Diário de Justiça Eletrônico do CNJ nº 222/2022, Brasília, 09 set. 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4740>. Acesso em 17 out. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo de Recurso Especial 1.236.017/ES. Relator: Ministro Felix Fischer – Quinta Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 11 abr. 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&>

DIDIER JR, Fredie et al. Precedentes. Salvador: Juspodivum, 2016.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 12. ed. 1. V. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. A crise de gestão do Poder Judiciário: O problema, as consequências e os possíveis caminhos para a solução. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), 2022. Disponível em: https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2013/01/2099_Des__Marcos_Alaor_A

rtigo_ENFAM_28_4_2011_editado.pdf. Acesso em: 26 set. 2022.

GRECO, Rogerio. Código Penal Comentado, 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. p.

HIGÍDIO, José. Atraso fatal - Por prescrição, homem condenado por três estupros tem pena extinta. Revista Consultor Jurídico, 23 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-23>. Acesso em: 26 set. 2022.

JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. Parte Geral. 12. ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 1988.

MASSON, Cleber. Código Penal Comentado, 8. ed. São Paulo: Método, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013



ISSN 2675-9403